

# 司法院大法官解釋 (八)

司 法 院      印 行  
中 華 民 國 九 十 八 年 十 月

# 司法院大法官解釋(八)

## 目 次

釋字第三九三號解釋：	1
以證物係偽造、變造為由提起再審，須該偽造、變造經判決有罪確定，或其刑事訴訟不能開始或續行非因證據不足者為限，行政法院相關判例合憲	
釋字第三九四號解釋：	34
營造業管理規則及內政部函釋，對營造業所為裁罰性行政處分之構成要件及法律效果，不符法律保留、授權明確性原則，違憲	
釋字第三九五號解釋：	52
公務員懲戒法第 33 條所謂「懲戒案件之議決」，包括再審議之議決在內，公懲會相關案例違憲	
釋字第三九六號解釋：	69
公懲法對懲戒案件之議決未設上訴救濟制度，尚不違憲，惟應就懲戒機關組織與程序檢討修正	
釋字第三九七號解釋：	111
為合理計算兼營營業人營業稅額，並以其所得股利併同繳稅，財政部所發布計算辦法及函釋合憲	
釋字第三九八號解釋：	280
農會法以農會會員遷離原農會組織區域為出會原因，不違憲；惟其為農保被保險人之地位不受影響	
釋字第三九九號解釋：	291

內政部函釋，姓名讀音不雅不得申請改名，違憲

- 釋字第四〇〇號解釋： 297  
有公用地役關係之既成道路，其所有權人之財產權益已因公益而犧牲，國家應予徵收補償，行政院相關函件違憲
- 釋字第四〇一號解釋： 311  
國大代表暨立法委員所為言論及表決如有不當，原選區選舉人得依法罷免之
- 釋字第四〇二號解釋： 316  
財政部所訂保險代理人等管理規則之裁罰性處分規定，不符授權明確性原則，違憲，應定期失效
- 釋字第四〇三號解釋： 324  
強制執行法規定，法院經債務人聲請，定相當並確實之擔保，得為停止強制執行之裁定，合憲
- 釋字第四〇四號解釋： 329  
衛生署函釋，中醫師以西藥製劑、成藥為人治病，均有違醫師專業分類之原則，予以限制不違憲
- 釋字第四〇五號解釋： 342  
無任用資格學校職員，不得在各學校間調任，教育人員任用條例所為相反規定違憲，立即失效
- 釋字第四〇六號解釋： 349  
都市計畫法既有解除限建之規定，內政部函釋增加法律所無之限制，違憲
- 釋字第四〇七號解釋： 369  
新聞局就猥褻出版品認定所為附特定條件之例示性函釋不

違憲。前開釋示並應隨社會、風俗隨時檢討改進

釋字第四〇八號解釋： 400

時效取得地上權登記要點：僅供耕作使用之農地，不符設定地上權之性質，不得申請時效取得登記，合憲

釋字第四〇九號解釋： 409

徵收土地須符法定目的及用途，並應合比例原則，土地法、都市計畫法相關規定尚不違憲。但徵收要件及程序相關規定未盡周全，應檢討改進

釋字第四一〇號解釋： 424

親屬編施行法未對聯合財產所有權歸屬之修正設特別規定，致夫方繼續享有修正前之權利，與男女平等原則有違

釋字第四一一號解釋： 466

經濟部等主管機關依法對土木工程技師執業範圍之限制，不違憲

釋字第四一二號解釋： 491

後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則，以新制公務人員任用、俸給法施行後轉任者為限，未違母法授權意旨，合憲

釋字第四一三號解釋： 507

行政法院判例對華僑、外國人投資所得之就源扣繳，附加配偶之居住條件，有違租稅法律主義

釋字第四一四號解釋： 578

藥事法規定刊播藥物廣告應先經核准，不違憲；藥事法施行細則對有助長濫用藥物之虞之廣告予以刪除或否准之規定，未逾母法授權

釋字第四一五號解釋：	599
所得稅法施行細則，扶養親屬免稅額以「同一戶籍」為唯一認定標準，未取決於共同生活之事實，有違租稅法律主義	
釋字第四一六號解釋：	612
最高法院判例就當然違背法令之情形、上訴狀應表明之事項，為文義之闡析，未增加法律所無之限制，無礙訴訟權正當行使，不違憲	
釋字第四一七號解釋：	619
道路交通管理處罰條例關於行人擅自穿越車道之處罰規定，係為維持社會秩序公共利益所必須，不違憲	
釋字第四一八號解釋：	631
道路交通管理處罰條例關於交通違規事件處罰之裁定不得再抗告規定，不牴觸憲法	
釋字第四一九號解釋：	640
一、副總統兼任行政院院長，於遇總統缺位或不能視事時，將與憲法本旨未符	
二、行政院院長於新任總統就職時之總辭，非其憲法上義務，總統如何處理，為總統裁量權限，非合憲性審查事項	
三、立法院所為咨請總統重新提名行政院院長之決議，對總統無憲法上拘束力	
附錄：	687
司法院釋字第三九三號解釋至第四一九號解釋關係法令暨關鍵詞檢索表	

# 司法院釋字第三九三號解釋

中華民國 85 年 1 月 5 日

院台大二字第 00466 號

## 解 釋 文

憲法第十六條規定，人民訴訟權應予保障，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟之性質，以法律為正當合理之規定。行政訴訟法第二十八條第七款規定「為判決基礎之證物係偽造或變造者」得據以提起再審之訴，係指該證物確係偽造或變造而言，非謂僅須再審原告片面主張其為偽造或變造，即應重開訴訟程序而予再審。而所謂證物確係偽造或變造，則又以其偽造或變造經宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限。此乃因再審係對確定裁判之非常救濟程序，影響法秩序之安定，故對其提起要件應有所限制。行政法院七十六年判字第一四五一號判例，符合上開意旨，與憲法第十六條保障人民訴訟權之規定尚無牴觸。

## 解釋理由書

憲法第十六條所保障人民之訴訟權，其實現所應遵循之程序及所應具備之要件，應由立法機關衡量訴訟之性質，以法律為正當合理之規定。訴訟程序之目的即在發見真實，實現正義。而證據為使事實明顯之原因，關係重大。故提出於訴訟之證物，其真偽與證明力，當事人應於訴訟程序進行中，為適當完全之辯論，使法院判斷事實所憑之證據臻於確實，而達裁判合於真實之目的。惟判決一經確定，紛爭即因之而解決，法律秩序亦賴之而安定。雖於判決確定後，有為判決基礎之證物係偽造或變造之情形者，仍得據以提起再審之訴，但此係指該證物確係偽造或變造而言，非謂僅須再審原告片面主張其係偽造或變造，即應重開訴訟程序而予再審。而所謂證物確係偽造或變造，則又以其偽造或變造經宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限，此在民事訴訟法第四百九十六條第一項第九款、第二項設有明文規定，使提起再審之訴不致漫無限制，藉

以確保判決之確定力，維護法律秩序之安定。上開再審之要件係立法機關為平衡法律之安定性與裁判之正確性所作之決定，應無違憲可言。

行政訴訟法於中華民國六十四年十二月十二日修正前，即五十八年之舊法，其第二十四條原亦規定：「有民事訴訟法第四百九十六條所列各款情形之一者，當事人對於行政法院之判決，得向該院提起再審之訴。」既係引用民事訴訟法第四百九十六條之全條條文，而不限於該條之第一項，足見行政訴訟之再審要件與民事訴訟之再審要件相同。嗣該條文修正為現行法之第二十八條，雖將再審原因改為分款列舉方式，但其中第七款：「為判決基礎之證物，係偽造或變造者」，仍為民事訴訟法第四百九十六條第一項第九款之原文，而當時提案修正之理由，亦僅為「參照民事訴訟法第四百九十六條及斟酌行政訴訟之性質，改為列舉規定，俾資適用。且免將來民訴法修正變更條次或內容時，本法即須隨同修正」等語，不具刪除證物之偽造或變造須經有罪判決確定等有關限制之意涵。行政法院七十六年度判字第一四五一號判例謂：「所謂為判決基礎之證物係偽造或變造者，係指其偽造或變造構成刑事上之犯罪者而言，且此種偽造或變造之行為，應以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限。」符合上開意旨，與憲法第十六條保障人民訴訟權之規定尚無牴觸。

大法官會議 主 席 施啟揚  
大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

協同意見書 大法官 陳計男 戴東雄

本解釋文認行政法院七十六年度判字第一四五一號判例尚不違憲，所持結論，本席完全同意，惟其所持理由，本席間有不同，須加闡述，爰提協同意見書如下：

憲法第十六條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指

人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。裁判一經確定，當事人即應遵守，不容輕易變動（參照本院釋字第一五四號解釋理由）。再審制度係對於確定判決之正當性有動搖之因素時，賦予當事人之特別救濟程序，自須特別審慎。故再審之事由，須以法律所定者為限，以維護裁判之安定性。行政訴訟法第二十八條第七款固規定為判決基礎之證物，係偽造或變造者，得為再審之事由，但此所謂偽造或變造，並非指再審原告祇須片面主張證物之偽造或變造，即符再審之要件，必再審原告於提起再審之訴時，該作為判決基礎之證物，在客觀上，有足以證明其為偽造或變造之情事者，始足當之。蓋為判決基礎之證物，係由當事人提出或法院所調取，經於訴訟程序中辯論後，而由法院依辯論之結果予以採用，作為判決之基礎者。故於訴訟中，當事人若已知該證物係出於偽造或變造時，即有協助法院發見真實而為主張之義務。倘已主張而為法院所不採，或知而竟不為主張，致法院據之以為對其不利之判決時，依誠信原則自不容當事人再片面主張該證物係偽造或變造，使其得據以依再審程序回復原來之訴訟程序，不然裁判之安定性即無以維持；縱當事人係因不能主張或因不知證物係出於偽造或變造，致未能在前訴訟程序中主張，然證物既經法院採為判決基礎，基本上自係法院經調查及辯論結果認其為真實者，否則當無採為判決基礎之可能。是原則上，當事人亦無於判決確定後，就判決基礎之證物之真偽再事爭執，作為再審事由之餘地。故以為判決基礎之證物係偽造或變造為理由，提起再審之訴者，必須客觀上有足以動搖原判決心證可能之情事存在，始屬相當。從而如非該證物經發見係由可罰性行為所偽造或變造，而其可罰性行為經刑事宣告有罪之判決確定，或其刑事訴訟不能開始或續行非因證據不足；或於證物為證書，而該證書兩造曾經民事訴訟，而判決確認其為偽造（民事訴訟法第二百四十七條後段）確定等客觀上足認其有出於偽造或變造之情事，可能影響原來之心證，以致原確定判決之正當性有動搖之虞之情形，即難認已符該款再審之要件。（至前述刑事確定判決等所為真偽之認定，並不當然拘束再審法院於再審事件審判時，就該證物真偽之認定。）行政法院七十六年判字第一四五一號判例謂「所謂為判決基礎之證物係偽造或變造者，係指其偽造

或變造構成刑事上之犯罪者而言，且此種偽造或變造之行為，應以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限」云云，依上說明，僅在闡晰行政訴訟法第二十八條第七款之要件，雖其未言及民事確定確認判決等情形，尚有待補充，究非限制人民之訴訟權，與憲法尚無抵觸。

### 協同意見書 大法官 林永謀

本解釋對於行政法院七十六年度判字第一四五一號判例所為尚不違憲之結論，本席完全同意，惟其間部分之論據，其闡釋稍有簡略，因提協同意見書如下：

憲法第十六條規定人民有訴訟之權，係在使人民為實現其憲法所保障之權利，得向國家之司法機關提起訴訟之制度性保障；惟此人民訴訟權之制度性保障，其核心內容僅係保障人民有權向此等司法機關提起訴訟，期以獲得公平之裁判，並不得藉故予以剝奪之權利。因此，其於司法體系內為糾正下級審法院裁判錯誤而設之審級，究應採如何之制度無論矣，即裁判本身救濟之途徑應為如何之程序，亦均非憲法第十六條訴訟權保障之核心領域事項，固應由立法機關視各種權利之具體內涵暨各種訴訟案件之性質，以法律妥為合理之規定；然司法機關於各該訴訟就具體案件適用法律所為之闡釋，倘其非在此一保障之核心領域，且又合乎法的理念者，既不能遽指其為有違憲法之規定，若其將之採為判例者，自亦無違憲之可言。

法的理念，除「合目的性」(Zweckmäßigkeit)之外，以正義(Gerechtigkeit)與「法的安定性」(Rechtssicherheit)為基本，前者主要係關於法的內容之理念；後者主要是關於法的機能(法的秩序)之理念；且兩者間有相互需求之關係，亦有相互矛盾之關係，即在某種情況下，「正義」應為「法的安定性」犧牲；反之，「法的安定性」有時亦須為正義而犧牲，其並非平行之存在，難免有倚此倚彼之情形。至其究竟以何者為重，此則應依立法之精神與目的暨整體法秩序之維護分別予以決定，非可一概而論。

訴訟之目的在追求正確之裁判，而在具體訴訟中，法律之適用係以事實之認定為前提，唯在事實認定無訛，始有法律適用確當之可

言；而事實之認定由來於證據，倘證據非屬適法、真正，則其依此之判斷所為事實之認定，必將發生偏差，從而亦必導致法律適用於錯誤。是故證據對於事實認定所欲達成之「事實真實性」目標，顯具有可予左右之影響力，若證據非屬真實（虛偽），自無可為事實關係真實性之確立，因此欲求適正實現訴訟之目的，其所謂之證據當非確屬真實不可。

事實之認定既係司法機關於具體之訴訟就證據所為之判斷作用，並就案件之一定關係確認其存否，則其過程當不免於諸多證據資料之取捨與選擇，俾以之為事實認定之依據，因之，倘該證據並非法院憑以為事實之認定者，該證據既非為判決基礎之證據，亦即與司法機關判斷作用無何關涉，則其真正與否，自均不影響於判決，更無礙於訴訟目的之達成，就訴訟之本身言，當可置之不問；反之，倘其係憑以認定事實之證據，即所謂判決基礎之證據，其既影響於事實正確之認定暨訴訟之目的，則其真實性之要求本屬無可妥協，縱令其判決業已確定，亦無不許其為救濟之理。此亦所以有再審制度之原因。

訴訟法上之再審制度乃屬非常程序，本質上係為救濟原確定判決之事實認定錯誤而設之制度，與通常訴訟程序有別，亦因其為非常程序，自不免與判決確定力，即法的安定性之要求相違背。本來判決一經確定，基於法的安定性之要求暨判決權威性之維護，原不許其再事爭執，亦即於此應重視實質的確定力，以一事不再理原則強化實體判決之終局性，否則有關之權義非特不能確定，且判決亦將不能獲得信賴而失其應有權威性；然判決所認定之事實若不符合客觀存在之事實，而猶欲強調法的安定與判決之權威以致犧牲法的正義，反將使人民喪失對判決之信賴，從而亦將使判決之權威由是失落，此際，正義之要求當應甚於法的安定；然雖如此，亦非謂判決之確定力可隨意予以推翻，立法者因是乃訂定較通常訴訟程序為嚴格之要件，雖有合乎此等要件始准許其提起再審之訴。行政訴訟法第二十八條，即係本此而為之立法（其他如民事訴訟法第四百九十六條第一項、刑事訴訟法第四百二十條第一項等亦然），目的當在調和「正義」與「法的安定性」間之平衡。是再審之原因既嚴格的限於「法定」，則此等原因中倘有以「犯罪行為」（Straftat）之存在為要件者－如憑以認定事實之

證物係偽造變造，其是否犯罪，當不能以當事人一己之主張為依據，而應由實現國家刑罰權為任務之司法機關予以判決上之認定，始有「犯罪」與否之可言，亦即依據此等要件提起再審之訴（或聲請）者，應以刑事有罪確定判決為所主張之證明方法，此種以刑事有罪判決為前提（*Strafurteil als Voraussetzung*）之證據上限定，目的除係著眼於正義之外，同時亦為「法的安定性」權衡、考量之結果，且如此亦合乎判決權威之目的性，是以我國民事訴訟法第四百九十六條第二項、刑事訴訟法第四百二十條第二項，一九三三年後之德國民事訴訟法第五百八十一條、現行刑事訴訟法第三百六十四條，日本民事訴訟法第四百二十條第二項、刑事訴訟法第四百三十七條均有類同之規定，其既不在訴訟權保障之領域，自不可與訴訟權已限制相提併論；雖我國現行行政訴訟法第二十八條未有相同之明文；然法院本於前述關於法的理念為同一考量，認為除非其係非因證據不足而不能獲得有罪判決者外，仍應以其有罪刑事確定判決為證明方法，則與上述說明同理，應亦非關乎訴訟權之限制。行政法院七十六年度判字第一四五一號判例所稱：「所謂為判決基礎之證物係偽造或變造者，係指其偽造或變造構成刑事上之犯罪者而言，且此種偽造或變造之行為，應以宣告有罪之判決確定或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限」之關於提起再審之訴之闡釋，自不違反首開憲法有關訴訟權之保護。至其之所以限於刑事判決，除前述犯罪行為之存在與否，唯有刑事司法程序始得為合法之認定外，乃刑事訴訟係重在國家刑罰權之實現，應依職權探求真實，即採取實質的真實發現之原因，民事訴訟上之認諾、自認、擬制自認等等，於此均無可適用，因是除非有前述非因證據不足之例外原因，否則，其關於法定「犯罪行為」之再審事由（其他如參與裁判之法官關於該訴訟違背職務犯刑事上之罪、當事人之代理人關於該訴訟有刑事上應罰之行為、證人就判決基礎之證言為虛偽陳述等等），均不許其於「原則上」以其他證據方法予以證明。

不同意見書                      大法官 蘇俊雄

憲法第十六條規定，人民訴訟權應予保障，至訴訟救濟應循之審

級、程序相關要件，固可由立法機關衡量訴訟性質，以法律定之，惟仍須符合正當合理之原則。行政訴訟之再審，係屬非常之法律救濟程序，性質上雖非具有審級救濟之人民基本訴訟權；但為人民可預期貫徹法律有效保護之權利，應在憲法第二十三條法律保留之適用範圍。行政法院七十六年判字第一四五一號判例謂：「所謂判決基礎之證物係偽造或變造者，係指其偽造或變造構成刑事之犯罪者而言，且此種偽造或變造之行為，應以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限」，增加行政訴訟法第二十八條第七款再審事由規定所無之條件，不符上揭正當合理之原則，且與憲法第二十三條所揭槩之法律保留原則意旨相違。此項違憲判斷與多數意見不同，爰提不同意見書，說明理由於后：

多數通過之解釋文，以「憲法第十六條規定，人民訴訟權應予保障，至訴訟救濟應循之審級、程序相關要件，應由立法機關衡量訴訟性質，以法律為正當合理之規定」，而認為再審係對確定裁判之非常救濟程序，影響法秩序之安定，故對其提起要件應有所限制。其憲法解釋上之法理見解固可贊同，惟綜觀其解釋文及解釋理由，對行政訴訟法第二十八條第七款就再審之事由，在已有明文規定情形之下，何以又容許援引判例，類推準用民事訴訟法之相關規定，增加法律所無之條件限制？是否超越「限縮解釋」之原則，而構成違法？且對於此等解釋是否符合前揭「正當合理」之實質要件等推理上的重要問題，除了以法秩序之安定為理由，而逕予認定之外，並無合理之法理論證之闡釋，而直接以「當然解釋」之方式論斷，顯屬草率，與憲法保障人民權利之意旨不符。爰分析說明如下：

一、首先就再審之性質而言，再審是一種專對法院之確定判決所為之「法律非常處置」（Rechtsbehelfe），而非如抗告、第二審之上訴或法律審之上訴等就尚未確定判決，具有審級救濟之「法律訴訟手段」（Rechtsmittel）。這種非常之措置程序，形式上雖為法律所創設之制度，不直接包括在憲法所保障之訴訟權之內；但是再審對於確定判決之特定要件，得聲請恢復救濟，具有訴訟之助益功能（dienende Funktion），為貫徹人民訴訟權之保護，其聲請再審之地位，亦為法治國家之憲法秩序所保護。（註一）從而對

於再審之事由與程序所設之限制是否合理、正當而無礙於人民之「聽審請求權」，亦為違憲審查對象之一。蓋法治國家之人民享有之訴訟權，係包括向管轄之法院提起訴訟之權（das Recht auf den gesetzlichen Richter）、法院聽審請求權（das Recht auf Gehor）、以及訴訟武器平等、法官之前兩造待遇平等、擅斷之禁止原則等為主要之內容；而再審之事由，尤其與人民訴訟權中之聽審請求權具有實質之關係，而屬為貫徹訴訟權有效之法律保護（Rechtsschutz）之重要事項。故其相關之法律規範，形式上是否符合憲法第二十三條法律保留原則？而實質上是否符合法律限制之必要原則？均為違憲審查之重要命題。

二、次就再審程序之目的而言，其訴求之主要目的乃在於對確定判決，為形式與實質之非常處置。蓋訴訟之目的，係在透過法院裁判之程序而維護及創設法律和平，藉以確保法秩序之安定性。因此，確定之判決，原則上應對各訴訟當事人具有拘束力，亦即形式上基於法律和平與法秩序安定之理由，訴訟程序導致終結，而其相關係爭標的之實質真實性，亦受到推定，發生執行名義之效力。從而僅在有限制之因確定判決顯然有錯誤等例外情形，容許立法者制定法律，予以再審之權。申言之，對於訴訟既判力之價值，與國家之權威、法律之安定性，以及普遍性之價值相關，應優於個人權利之保護，有其法理之依據。惟對於個別之確定判決，如有事後發現有重大之證據上或程序上之缺失，非屬原訴訟程序中可預見者，當事人無法藉以行使聽審請求權時，若不許以法律容許請求再審，實無法期待關係人忍受該不利之確定裁判。真正之法律安定性之實現，亦應儘量以法律正義之原則為基礎。法制上，再審程序之設計，即為解決法治國家原理所導致之「法律正義性」（Rechtsgerechtigkeit）與「法律安定性」（Rechtssicherheit）間之矛盾問題。至於立法者對於法律安定性與實質之法律妥當性之裁量如有衝突時，因兩項均屬法治國家之基本原則，不得以恣意而自由為立法裁量，而應儘量以是否符合憲法規定之意旨為斷。（註二）故再審程序要件之規定，應衡平兩項基本原則為合理、正當限制之基礎；固不得為過度嚴格之限制而

妨礙實質正義之實現，但亦不得恣意對被告創設有利之條件，而過分影響法律之安定性。（註三）

多數大法官認再審係對確定裁判之非常救濟程序，影響法律秩序之安定，故對其提起要件應有所限制，固非無見；但就聲請解釋之上開行政法院判例，對行政訴訟法第二十八條第七款就再審之事由已有明文規定之情形下，何以又容許援引判例，類推準用民事訴訟法之相關規定，增加法律所無之條件限制，是否屬於法院恣意之解釋，或有何上開基於憲法之法治國家原則所為之法律安定性與法律正義性之裁量，而屬合理正當，卻未見論證；實有違法治國家解釋憲法之原則。多數意見之論證與立場既不足採，有必要就上揭判例之合法性與實質上是否符合憲法上正當合理之限制原則等，加以闡釋之必要，以判斷其合憲性。

- 三、行政法院七十六年判字第一四五一號判例謂：「所謂為判決基礎之證物係偽造或變造者，係指其偽造或變造構成刑事之犯罪者而言，且此種偽造或變造之行為，應以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限」，其解釋之論證依據或以民國六十四年行政訴訟法修正之前，關於再審之原因，並未作特別規定，而準用民事訴訟法第四百九十六條有關再審之規定，而同條第二項：「前項第七款至第十款情形，以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限，得提起再審之訴」之規定，亦在準用之範圍。民國六十四年行政訴訟法之修正，其再審之事由，如其立法理由所說明，係參照民事訴訟法第四百九十六條及斟酌行政訴訟事件之性質，改為現行法第二十八條列舉規定。其立法修正之結果，關於判決基礎之證物，係偽造或變造者之再審理由，因同條並無類似民事訴訟法第四百九十六條第二項之規定，亦無特別準用之規定。雖行政訴訟法第三十三條有：「本法未規定者，準用民事訴訟法」之條文：但此種情形，是指行政訴訟法本身無規定之情形而言。行政訴訟法第二十八條既已設列舉規定之明文，自不得再為準用之推論；所謂「法有特別用語者，排除其一般用語」（*specialis generalibus derogant*），法理甚明。至於在此種情形

下，可否以「立法之漏洞」而容許法院以判例之方式，為規範之添補？則應視其擴張之解釋，是否涉及人民之增加負擔或影響其權利之保障而論，不得為不附具體之理由而為當然之解釋。故從補充解釋之權限而言，上開判例已增加行政訴訟法第二十八條第七款再審事由之規定所無之條件，且無法律上之準用依據，應屬違法。

再從擴充解釋增加限制條件之實質妥當性而言，我國現行之行政訴訟法，以書面之審理為原則，祇有例外之情形，始行言詞辯論之程序。故許多文書、證物及證據，無如民事訴訟之程序，在各審級均較有審慎之論證，對於真實之發現過程有實際差異，不可倫比。且就文書、證物之偽造或變造，固然其侵害法益之行為，可為刑事追訴之對象；但是有許多行政處分相關之資料，檢察官是否進行追訴、或為不起訴之便宜處分，或因時效消滅、行為人死亡而不得追訴、或續行刑事訴訟、或者因微罪不舉等等情況，仍有無法獲致該再審事由經由刑事判決之「法定證據」之情形者。此種情形，如經合理之證明，如檢察官之說明、相關公證程序或官署之認證，再審法院仍可依職權加以認證者，自無逕加排除之必要。

準此而論，在上述判例中所謂「其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限」之解釋，於法理上應不能逕行排除前述之合理證明方法，如此方符憲法之意旨。且立法者對再審之事由，設定限制時，亦應就我國行政訴訟之實際情況與當事人「聽審請求權」之保障觀點，並就法律安定性與實質正義等原則，為適當之裁量，方符上述「正當合理之限制原則」。

綜上所析，前開行政法院七十八年判字第一四五一號判例，無法律特別準用之依據，增加行政訴訟法第二十八條第七款再審事由之規定所無之條件，涉及憲法保障人民訴訟權利之事項，應屬違法；且與憲法第二十三條揭櫫之法律保留意旨相違。此項違憲事項之推論與判斷未獲多數意見採納，爰為此不同意見書如上。

註一：參照德國聯邦憲法法院判決 BVerfGE 42,64,73.,49,252,257.

註二：參照德國聯邦憲法法院判決 BVerfGE 3,225,(237);7,89(92 f).

註三：參照德國聯邦憲法法院判決 BVerfGE 2,380(403).

### 不同意見書 大法官 王澤鑑

行政訴訟法第二十八條第七款規定，為判決基礎之證物係偽造或變造者，當事人對於行政法院之判決，得向該院提起再審之訴。行政法院七十六年判字第一四五一號判例謂：「所謂為判決基礎之證物係偽造或變造者，係謂其偽造或變造構成刑事上之犯罪者而言，且此種偽造或變造之行為，應以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限。」上開行政法院判例對再審增加法律未規定之要件，限制人民提起再審之訴，有違憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨，謹提出不同意見書，分二點陳述如下：

- 一、本件通過之解釋文前段謂：「憲法第十六條規定，人民訴訟權應予保障，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件自應由立法機關衡量訴訟之性質，以法律為正當合理之規定」，結論卻認為上開行政法院七十六年判字第一四五一號判例，得對提起再審要件加以限制。按將所謂證物係偽造或變造，認為其偽造或變造須經宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限，顯然逾越法律可能文義，增加法律對提起再審未規定之要件。此項限制非屬法律解釋之範疇；若認為此屬法律解釋範疇，則民事訴訟法第四百九十六條第二項規定將僅具闡釋之性質，不具實質規範意義。再審制度係在補救上訴制度之不足，用達判決之正當合理。為判決基礎之證物係出於偽造或變造者，最足影響判決正確之結果，有無加以限制之必要，涉及實質正義與法律秩序安定性，係立法機關衡量之問題，須依法律為之，其逕由判例加以限制，妨礙訴訟權之正當行使，不符憲法保障人民訴訟權之意旨。
- 二、本件通過之解釋理由書略謂，行政訴訟法於中華民國六十四年十二月十二日修正前，即五十八年之舊法，其第二十四條原亦規定：「有民事訴訟法第四百九十六條所列各款情形之一者，當事人對於行政法院之判決，得向該院提起再審之訴。」既係引用民

事訴訟法第四百九十六條之全條條文，而不限於該條之第一項，足見行政訴訟之再審要件與民事訴訟之再審要件相同。嗣該條文修正為現行法之第二十八條，雖將再審原因改為分款列舉方式，但其中第七款：「為判決基礎之證物，係偽造或變造者」，仍為民事訴訟法第四百九十六條第一項第九款之原文，而當時提案修正之理由，亦僅為「參照民事訴訟法第四百九十六條及斟酌行政訴訟之性質，改為列舉規定，俾資適用。且免將來民訴法修正變更條次或內容時，本法即須隨同修正」等語，不具刪除證物之偽造或變造須經有罪判決確定等有關限制之意涵。惟查修正理由之意涵本身並非法律，不足作為限制人民訴訟權利之依據。置客觀法律文義於不顧，而訴諸主觀認定之立法者意思，藉以限制憲法所保障之人民基本權利，在法學方法論上容有疑問。或有認為上開行政法院判例對提起再審要件加以限制，乃行政訴訟法第三十三條準用民事訴訟法之結果。惟如前述修正理由書所云，其所為修正係斟酌行政訴訟之性質，而本件通過之解釋文亦強調立法機關應衡量訴訟之性質，對於訴訟救濟之審級、程序及相關要件為正當合理之規定。是斟酌衡量行政訴訟與民事訴訟之性質，對提起再審要件，設不同之規定，難謂全無理由。若謂立法者有意捨棄原已存在、具體明確、在體系上密切關聯之事項不為規定，而遁入概括、不明確之準用性條文，則屬揣測，有違立法通例，不符人民對法律之合理期待與信賴。

抄正 0 軒食品工業有限公司負責人黃 0 政聲請書

受文者：司法院

主 旨：為行政法院八十二年度判字第一五五五號判決、八十二年度判字第二四六二號判決及八十三年度判字第三七二號判決所適用該院七十六年判字第一四五一號判例，發生牴觸憲法第十六條、第二十三條之疑義，謹依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請解釋行政法院七十六年判字第一四五一號判例牴觸憲法。

說明：

一、聲請解釋憲法之目的：

行政法院八十二年度判字第一五五五號判決、八十二年度判字第二四六二號判決及八十三年度判字第三七二號判決（證一）所適用該院七十六年判字第一四五一號判例（證二），違背憲法第二十三條之保留原則，並嚴重侵犯聲請人之訴訟權，爰依法聲請鈞院大法官會議解釋該判例與憲法第十六條、第二十三條之規定牴觸。

二、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文：

(一)緣聲請人於民國 79 年 6 月 1 日經法務部調查局台南市調查站查獲帳冊、報表一批，涉嫌漏報銷貨收入新台幣（下同）二一八、一九一、〇五四元，經移送台南縣稅捐稽徵處審理結果，核定補徵營業稅一〇、二二二、四一〇元，查原處分機關係依據法務部調查局台南市調查站所移送之銷貨收入明細表等文件為核課及向聲請人補徵營業稅之依據。惟各該銷貨收入明細表計二十八張（證三），業經全〇鑑定顧問股份有限公司七十九年十一月三十日第七九一一二八號鑑定報告書（證四）及憲兵司令部八十年十二月二十八日（八〇）鑑驗字第六一七九號、八十一年十月五日（八一）鑑驗字第六一三七號鑑定通知書（證五），分別鑑定係全部出於偽造者。

(二)依據所指扣案之銷貨收入明細表中自七十六年十月起至七十八年四月止，有關聲請人銷售國防部福利總處部分，聲請人開立之統一發票之金額合計三、五二九、八一二元，與國防部福利總處匯款之金額亦為三、五二九、八一二元完全相符，此有國防部福利總處八十二年七月五日（八二）我誠字第三一七六號簡便行文表及檢送台南地方法院之「正〇軒統供品銷貨額」（自七十五年元月一日至七十八年十二月三十一日止 - 資料來源依據明細分類帳）可證（證六），而該扣除之銷貨明細表合計之金額則為三、二七〇、三五一元，反較聲請人開立之統一發票銷貨收入金

額少。足見該銷貨收入明細表所載內容純屬憑空杜撰，與實際不符。

(三)前任職於聲請人公司之職員陳〇明（曾任副總經理、總經理）、閻〇斌（曾任業務經理）均於台灣台南地方法院審理違反營業稅法案均出庭結證未見過原處分機關據以處分之扣案銷貨明細表，有該院訊問筆錄可證（證七），足證扣案之銷貨明細表確係出於偽造，此與上述憲兵司令部與全球鑑定顧問股份有限公司之鑑定結果完全相符，足證台南縣稅捐稽徵處據以核課補徵聲請人營業稅處分基礎之證物確係出於偽造。

(四)上述銷貨收入明細表係偽造，業經聲請人於行政法院判決之後，陸續發見原判決未及斟酌之新證據，包括憲兵司令部 81.10.5.鑑驗通知書、國防部福利總處函覆台南地方法院之函件以及證人陳〇明、閻〇斌等證言筆錄，足以確切證明原處分之事實認定基礎顯有違誤，而訴願、再訴願決定及行政法院判決遞予以維持，自均顯有違誤，聲請人乃依行政訴訟法第二十八條第七款：「為判決之證物，係偽造或變造者」規定提起再審之訴，惟行政法院八十二年度判字第一五五五號判決、八十二年度第二四六二號判決及八十三年度判字第三七二號判決，卻援引該院七十六年判字第一四五一號判例謂「該條第七款所『為判決基礎之證物，係偽造變造者』，係指其偽造或變造構成刑事上之犯罪者而言，且此種偽造或變造之行為，應以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限。」「至所指為原判決基礎之證物係偽造一節，亦未據提出究竟何人因偽造該項證物，經宣告有罪之判決已確定之證據。亦核與同條第七條所定再審要件不符。」等語云云，駁回聲請人再審之訴。

三、聲請解釋憲法之理由及對本案所持之立場及見解：

(一)上開判例，侵害人民之訴訟權及違背法律保留原則：

(1)就侵害人民之訴訟權而言：依行政訴訟法第二十八條第

七款之規定，僅需「為判決基礎之證物，係偽造或變造者」，即可依法提起再審之訴，惟上開判例卻恣意增加提起再審之訴的限制，以該「偽造或變造構成刑事上之犯罪者而言，且此種偽造或變造之行為，應以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限」，使人民依法提起再審之訴而獲救濟的機會減低，嚴重侵害人民之訴訟權，與憲法第十六條之規定牴觸。

- (2)就違背法律保留原則而言：按人民之訴訟權係憲法所保障之權利，若有限制之必要，自應依憲法第二十三條及中央法規標準法第五條之規定，依立法程序予以立法，非依法律不得擅自戕害人民在憲法所應受保障之權益，而行政法院之判例，並非中央法規標準法第四條所規定之「法律」甚明，行政法院七十六年判字第一四五一號判例竟恣意限制人民提起再審之訴之權利，顯然牴觸憲法第二十三條之規定，應屬無效。
- (二)上開判例顯有法外造法，限制行政訴訟法第二十八條第七款規定之適用範圍，有違行政訴訟法第二十八條之規定：
  - (1)按行政訴訟法第二十八條第七款規定提起再審之訴的事由為「為判決基礎之證物，係偽造或變更者」，並未如上開判例所云，「係指其偽造或變造構成刑事上之犯罪而言，且此種偽造或變造之行為，應以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限」，上開判例顯與行政訴訟法第二十八條第七款之規定不合，乃恣意增加提起再審之訴的限制，按依該規定，只要能提出證據證明為判決基礎之證物，係偽造或變造者，即得依法提起再審之訴，無庸其「偽造或變造構成刑事上之犯罪」，更不需要「以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限」，上開判例顯然違反行政訴訟法第二十八條第七款之規定。

(2)比較民事訴訟法第四九六條第一項第九款及第二項之規定，該法就提起再審之訴之理由，明文規定「以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行非因證據不足者為限」，惟行政訴訟法第二十八條並未如民事訴訟法第四九六條第二項為相同之規定，可見立法者係有意省略該其他要件。故適用行政訴訟法第二十八條之規定時，自不能任意法外造法，違背訴訟法之法律秩序的明確性與安定性要求，創設附加其他提起再審之要件，否則，即與母法即行政訴訟法第二十八條之規定有違。

(三)再者，依上開判例見解，有製造訟源，破壞社會祥和之虞，蓋人民若單純僅以判決基礎之證物係偽造或變造者，而未經刑事訴訟之程序，依上開判例見解，將無法提起再審之訴而獲得救濟，其欲充足提起再審之訴的要件，惟有另案訴追偽造或變造證據之刑事責任一途，即人民惟有以刑事訴訟之手段，以達其行政訴訟上之目的，則此不僅與疏減訟源之政策背離，甚且製造對立、破壞社會祥和之氣氛，上開判例之不當，至為明顯。

(四)綜上所陳，行政法院八十二年度判字第一五五五號判決、八十二年度判字第二四六二號判決及八十三年度判字第三七二號判決所適用之七十六年判字第一四五一號判例，顯牴觸憲法第十六條、第二十三條之規定，爰謹請鈞院鑒核，惠准進行違憲審查，以維人民行政訴訟權利之充分保障，至感德便。

#### 四、關係文件之名稱及件數：

證一：行政法院八十二年度判字第一五五五號判決、八十二年度判字第二四六二號判決及八十三年度判字第三七二號判決各乙件。

證二：行政法院七十六年判字第一四五一號判例乙件。

證三：銷貨收入明細表二十八張。

證四：鑑定報告書乙份。

證五：鑑定通知書兩份。

證六：簡便行文表及明細分類帳各乙份。

證七：訊問筆錄乙份。

(以上均影本)

聲請人 正O軒食品工業有限公司

負責人：黃O政

中華民國八十三年四月二十六日

(附件一、(三))

行政法院判決

八十三年度判字第三七二號

再審原告 正O軒食品工業有限公司

(設略)

代表人 黃O政 住同上

再審被告 台南縣稅捐稽徵處

上當事人間因營業稅事件，再審原告對本院中華民國八十二年十月二十九日八十二年度判字第二四六二號判決，提起再審之訴，本院判決如下：

主 文

再審之訴駁回。

事 實

緣再審原告於民國七十九年六月一日經法務部調查局台南市調查站查獲帳冊、報表一批，涉嫌漏報銷貨收入新台幣(下同)二一八、一九一、〇五四元，經移送再審被告機關審理結果，核定補徵營業稅一〇、二二二、四一〇元，再審原告不服，循序提起行政訴訟，經本院八十一年度判字第一四九四號判決駁回後，再審原告先後多次提起再審之訴，均為本院八十一年度判字第二三〇三號、八十二年度判字第二六六號、第一五五五號及第二四六二號判決(該第二四六二號判決以下簡稱原判決)駁回各在案。茲再審原告復以前開判決有行政訴訟法第二十八條第一款、第七款及第十款之再審事由，提起本件再審之訴。其起訴意旨略謂：一、查本件再審原告自財政部再訴願及鈞院原

審，多次再審一再詳陳扣案之銷貨收入明細表中自七十六年十月起至七十八年四月止，有關再審原告銷售國防部福利總處再審原告開立之銷貨統一發票金額合計三、五二九、八一二元，國防部福利總處匯款至再審原告中國農民銀行專戶之貸款金額為三、五二九、七三二元，而扣案之銷貨收入明細表合計之金額則為三、二七〇、三五一元，反而比再審原告開立之發票金額短少數拾萬元之鉅，並有部分月份「銷貨總額」為負數，再審原告於鈞院原審所提行政訴訟補充理由（二）就再審原告開立統一發票與國防部福利總處匯款及扣案銷貨收入明細表軍公教欄金額三者列出對照表，證明銷貨收入明細表上數據全部虛偽不實。惟鈞院原判決卻指「『軍公教』、『消費者』之銷貨淨額何以竟為負數。若當月之銷貨退回金額大於銷貨收入總額，則其銷貨淨額為負數，又原告公司銷售全省軍公教福利站之銷售作業程序係由國防部福利總處負責。每月之全省全部供貨銷售額於隔月總結後，由福利總處通知原告公司對帳請款，原告公司始開立發票送達福利總處，亦即銷貨與開立發票請款至少有一個月之時差，則當月銷貨與領款之貨品批次絕不可能同步，如此以出貨單統計之銷貨收入明細表所載銷貨額，當然不一定與當月開立發票之金額相吻合。」云云，顯然鈞院原審並未就「銷貨『總』額」為何是負數，及扣案銷貨收入明細表「軍公教」欄銷貨金額為何比再審原告開立發票及收回貨款短少甚鉅之本案重點詳加調查。銷貨收入明細表上「軍公教」欄之金額是虛偽或真實？再審原告所提開立發票及收回貨款是否真實？有無短漏開發票？本重點係關係本案扣案銷貨收入明細表是真實或虛偽？其金額是否不實在？亦即證明原審被告機關根據銷貨收入明細表核算再審原告漏報銷貨收入是否違法？本爭執重點，經台灣台南地方法院南院賢函財字第三一五二六號函詢國防部福利總處，再審原告自七十五年一月一日起至七十八年十二月三十一日止在該處全部銷售金額。經再審原告向台灣台南地方法院申請閱卷，再審原告發見未經斟酌之重要證物：國防部福利總處八十二年六月十四日(82)我誠字第二七三二號函及八十二年七月五日(82)我誠字第三一七六號函，該兩份函回覆台灣台南地方法院，其內容略以：「一、二、查正〇軒食品工業有限公司，自民國 75.1.1.日起至民國 78.12.31.日止在本總處統

供品銷售金額如附件（明細表）（原於 82.6.14.(82)我誠字二七三二號文檢送明細表，應補列 77.年 3.年銷貨款二一、八四 0 元，4.月外島銷貨款一二、四八 0 元）該公司產品並於民國 78.4.1.本總處公告停進，現與本總處已無供銷合約及銷售額存在。」有關上開期間再審原告之銷貨資料均已帳載抄列，四年間上述總計金額三、五二九、八一二元。經與再審原告每月開立發票的銷售金額相核對與銷貨總金額完全相符，而逐一核對扣案銷貨收入明細表「軍公教」欄每月銷售金額與總金額卻完全不相符。觀諸下表可知再審原告所陳者為真實：

國防部福利總處 證實之再審原告 統供品銷售額		再審原告開立統一 發票		與國防 部福利 總處證 實之金 額是否 相符合	扣案銷貨收入明 細表「軍公教」 欄		與國防部 福利總處 證實之金 額是否相 符合
日期	金額	日期	金額		日期	金額	
76.10.	\$72,358	76.11.21.	\$72,358	符合	76.10.	\$537,400	不符合
76.11.	\$164,072	76.12.19	\$164,072	符合	76.11.	\$351,508	不符合
76.12.	\$327,410	77.1.22.	\$327,400	符合	76.12.	\$321,320	不符合
77.1.	\$444,358	77.2.27.	\$444.358	符合	77.1.	\$617,661	不符合
77.2.	\$803,478	77.3.18.	\$803,478	符合	77.2.	\$513,936	不符合
77.2.	\$21,840	77.3.18.	\$21,840	符合			
77.3.	\$260,154	77.4.19.	\$260,154	符合	77.3.	\$62,520	不符合
77.3.	\$12,480	77.4.19.	\$12,480	符合			
77.4.	\$173,934	77.5.17.	\$173,934	符合	77.4.	\$46,560	不符合
77.5.	\$147,906	77.6.17.	\$147,906	符合	77.5.	\$128,880	不符合
77.6.	\$124,486	77.7.19.	\$124,486	符合	77.6.	\$49,440	不符合
77.7.	\$104,282	77.8.19.	\$104,282	符合	77.7.	\$9,600	不符合
77.8.	\$95,244	77.9.20.	\$95,224	符合	77.8.	\$38,336	不符合
77.9.	\$70,460	77.10.20.	\$70,460	符合	77.9.	\$51,954	不符合
77.10.	\$67,468	77.11.22.	\$67,468	符合	77.10.	\$54,000	不符合

77.11.	\$80,462	77.12.17.	\$80,462	符合	77.11.	\$170,760	不符合
77.12.	\$123,494	78.1.25.	\$123,494	符合	77.12.	\$110,400	不符合
78.1.	\$189,840	78.2.24.	\$189,804	符合	78.1.	\$169,236	不符合
78.2.	\$152,150	78.3.21.	\$152,150	符合	78.2.	\$78,640	不符合
78.3.	\$74,012	78.4.25.	\$74,012	符合	78.3.	\$51,800	不符合
78.4.	\$19,960	78.5.22.	\$19,960	符合	78.4.	\$5,200	不符合
總計：\$3,529,812		\$3,529,812		完全 相符合	\$3,270,351		差額 (少) \$225,141

由國防部福利總處函證實再審原告在該處銷售金額及本對照表足證扣案銷貨收入明細表上全部金額皆係虛偽不實在。再審被告機關依據銷貨收入明細表核算再審原告漏報銷貨收入，顯係違法。二、次查本案再審被告機關歷次答辯不外乎「獲案之帳冊報表除由再審原告法定代理人簽章確認外，並經再審原告前總經理楊○龍及會計股長柯○美證實，確係於違章期間每月依據全省各單位實際銷售情形所製作，用以讓『各單位』比較當月與去年同期銷售業績增減情形，有談話筆錄可稽」，「七十六年一月至三月銷貨收入明細表係陳○明於七十六年四月到職後，因業務需要而要求補編，故陳○明雖於七十六年四月到職，而七十六年一月至三月之銷貨收入明細表有其簽章，有柯○美八十年六月十二日談話筆錄可稽」，鈞院原審判決亦採此觀點。惟陳○明及另一關係人即再審原告公司前業務經理閻○斌兩人卻出具經法院認證並附印鑑證明之證明書，證明銷貨收入明細表等該文件並非渠等製作，渠等非惟自始未簽章於其上，且於任職期間亦從未見過系爭扣案文件。柯○美談話筆錄表示七十六年一、三月銷貨收入明細表係陳○明到職後因業務需要而要求補編，而陳○明本人卻表示任職期間從未見過該等報表。且跟業務業績最有關係的業務經理閻○斌也表示「本人從未在附件兩份銷貨收入明細表上蓋章，亦未授權任何人蓋章，本人亦不知有此兩份文件存在」。究其實情如何？實有加以調查，以明事實真象之必要，而鈞院卻無視於再審原告屢屢聲請言詞辯論之聲明。此爭執重點經再審原告向台灣台南地方法院聲請閱卷，發見另一未經斟酌之重要證物：台灣台南地方法院於八十二年六月五日

上午十時三十分通知證人陳○明及閻○斌到庭結文作證筆錄內容摘錄如下：問陳○明：你目前任何工作？答：現在台北經營貿易公司。問陳○明：你在正○軒公司任職自何時起至何時止。答：自七十六年四月至七十七年五月止。問陳○明：公司有無銷貨收入明細表。答：沒有銷貨收入明細表。問閻○斌：你目前作何工作？答：在別家公司任職，做冷凍食品。問閻○斌：你何時在正○軒公司工作。答：自七十二年至七十九年。問閻○斌：提示銷貨收入明細表，這章是你的，是否公司刻給你的。答：我不曉得，我沒有看過這種報表。問陳○明：你任職期間公司有無製作銷貨明細表空白表？答：公司有製空白表，銀行借錢用，但都未用，公司開會時，董事長曾指示要開立發票。以上訊問筆錄，證人皆經具結，足證扣案之銷貨收入明細表係出於偽造，柯○美及楊○龍之談話筆錄所言皆採不實在。三、再審原告代理人黃○政及管理部副課長盧○華從未承認查獲之帳證為真實：鈞院八十一年度判字第二三○三號判決以「查本件原判決以本件獲案帳證於原告公司查獲為原告所有既經原告公司代理人確認無訛，事後翻異前詞認係經人偽造云云，不可採已如前述。」又八十二年度判字第二四六二號判決指「如本院八十二年度判字第二六六號判決」理由指明：「本件原判決（按本院八十一年度判字第二三○三號判決）以前審判決認獲案之帳證係再審原告公司查獲為再審原告所有，已為再審原告代表人確認無訛於再審原告總公司查獲私帳、報表，並分別經再審原告代表人黃○政及管理部副課長盧○華所不爭，獲案之帳冊、報表除由再審原告代表人黃○政簽章承認外足見扣案帳證均屬再審原告所有」云云為理由，判決駁回再審原告再審之訴。惟依再審原告於鈞院之原八十一年判字第二三○三號判決之前即將向鈞院所聲請閱卷之有關法務部調查局台南市調查站調查筆錄及被告機關之談話筆錄等證據，影印以答辯狀向鈞院答辯。再審原告代表人黃○政及管理部副課長盧○華，均未承認所查獲之帳證為真實，有各該調查筆錄可證：（一）再審原告公司代表人黃○政七十九年六月二十二日之調查筆錄：問：（提示正○軒食品公司違章證物編號：壹、肆、陸、捌及漏開統一發票金額核算表）本站依據上述違章證物核算，貴公司銷貨漏開統一發票營業額：七十五年新台幣（以下

同)五五、三七九、八八二．九五元，七十六年四三、五〇三、一七七、四八五元，七十七年六九一、〇一四、九一九．五〇元，七十八年五〇、二九四、三〇七．五元合計二億一千八百一十九萬二千二百八十七元四角三分五厘，你是否承認？答：貴站提示之本公司違章證物，我印象中並沒有看過，是否確為本公司營業帳冊，我並不瞭解。問：據你所述，你對貴公司七十五年至七十八年營業狀況不清楚，但在前述貴公司違章證物上均有你的簽名，且係本站在貴公司所搜獲，足以證明該等營業帳冊均經過你的簽名，且係本站在貴公司所搜獲，足以證明該等營業帳冊均經過你的審查，確為貴公司之營業帳冊，你為何表示不瞭解？答：前述違章證物確實是貴站自本公司所搜獲，且上面均有我的簽名無誤，但因本公司歷年來均有向銀行貸款，為了貸得較高金額，有時也會將營業額做得很高，況且證物編號：陸、〇〇一頁至〇〇八頁 - 七十六年元月至八月及編號：捌、七十八年二月至五月之銷貨額均係影印本，我根本未看過，為何會在公司內出現，我並不清楚，故上述帳冊是否為正〇軒食品公司真實之營業帳冊，抑或係向銀行貸款之帳冊，或是有人故意栽贓，我不能肯定，也無法向貴站做任何承諾。(二)再審原告公司當時之管理部副課長盧〇華代表公司七十九年八月二十八日於再審被告機關稽查課之談話筆錄：問：貴公司負責人黃〇政於七十九年六月二十一日調查筆錄稱：被台南市調查站所搜獲之營業帳冊，可能係為了向銀行貸款，故意將營業額做得很高，你有無證據？答：有關證據資料現仍搜集中，俟整理完畢本公司會儘快提供貴處參辦，如來不及則於行政救濟程序時提出。問：貴公司有無其他補充陳述？答：本公司每年向銀行借款及自國外進口原料，如將營業額做得很高，則向銀行辦理進口貼現額度及借款額度均可較高，以致本公司歷年向銀行借款所編列之營業收入報表均較實際營業收入為高，因此台南市調查站在本公司搜獲之銷貨收入明細表或銷貨狀況明細表及有關帳冊均非本公司真實之營業銷貨資料，而係向銀行貸款所編列之部分報表資料。(三)由上列筆錄證據，足證再審被告代表人黃〇政及管理部副課長盧〇華從未承認扣案報表、帳證等為真實。益證再審原告代表人黃〇政自本案發生之始即認為該等帳證係有人故意偽造栽贓，並非再審被告機關所稱

「已為再審原告代表人確認無訛」或「分別經再審原告代表人黃○政及管理部副課長所不爭」。由此可證再審被告機關之原處分、訴願、再訴願及鈞院原判決，及再審之訴判決之認定事實及適用法規均顯有違誤，更與證據採證法則有違。四、鈞院八十一年度判字第二四六二號判決以「足見扣案帳證均屬再審原告所有，再審原告事後主張系爭銷貨收入明細表多係影印本，其文書並非真正，固據提出全○鑑定顧問股份有限公司及憲兵司令部鑑定結果等件為證。

經查獲案之銷貨明細表有再審原告代表人簽名者計有七十六年七月至七十八年五月等二十二個月，而鑑定報告認非其筆跡者僅七十六年八、九、十及七十五年五、八月等五個月份，餘並未表明具體意見，其他被鑑定之陳○明、楊○龍、柯○美等亦同，從而尚難依該鑑定報告之結果即予推翻再審原告前開承認系爭帳證為其所有之事實。」

說明本院八十一年度判字第二三○三號判決適用法規並無錯誤，「再審原告係以鑑定意見作為證據，證明銷貨明細表有偽造情事，惟該銷貨明細表係該鑑定之標的物，而鑑定書係於前程序判決前所未有，自無所謂新證物之發見。」云云，駁回再審原告再審之訴。

惟查：（一）再審原告於原再審程序中所提之憲兵司令部刑事支援中心於八十一年十月五日出具之(81)鑑驗字第六一三七號鑑驗報告書係依另一證據憲兵司令部八十年十二月二十八日(80)鑑驗字第六一九七號鑑驗通知書作成，而鑑驗字第六一九七號鑑驗通知書係再審原告委託植根法律事務所陳清秀律師申請憲兵司令部刑事支援中心就全○鑑定顧問股份有限公司之鑑定內容作「符合鑑定」，而全○鑑定顧問股份有限公司鑑定內容係向再審被告機關申請經同意於七十九年十一月五日於再審被告機關台南縣稅捐稽徵處拍攝之證據而作成，其鑑定報告就扣案銷貨收入明細表二十八張抽樣鑑定，已明確認明「黃」字簽名有八張（八個月份）「陳○明」簽名有九張（九個月份）係出於偽造。扣除兩人簽名係取樣自同一月份之銷貨收入明細表者計貳份之外，計有十五個月份（十五張）之銷貨收入明細表確係出於偽造。並非鈞院歷原審判決及歷次再審判決所指「而鑑定報告認非其筆跡者僅七十六年八、九、十及七十七年五、八月等五個月份」由此足證原判決顯有違法。符合鑑定其結果，憲兵司令部八十年十二月二

十八日 (80)鑑驗字第六一九七號鑑驗通知書已詳載：資料 A、B 中有關「陳 0 明」及「黃」字之簽名筆跡，其慣性特徵不相似。即已證明再審被告機關據以處分之法務部調查局台南市調查站所指查獲再審原告之銷貨收入明細表中「陳 0 明」及「黃」字（即再審原告負責人黃 0 政）簽名字跡係出於偽造。（二）又憲兵司令部八十一年十月五日出具之(81)鑑驗字第六一三七號鑑驗報告書係依全球鑑定顧問股份有限公司之鑑定報告書及憲兵司令部八十年十二月二十八日(80)鑑驗字第六一九七號鑑驗通知書所鑑驗之相同內容（扣案銷貨收入明細表二十八張）再進一步為全 0 之鑑驗證明；其全部鑑驗證明之月份，從再審原告於八十一年八月二十八日委託植根法律事務所陳清秀律師以北植根第一八二二號函申請憲兵司令部刑事支援中心予以鑑定其簽名筆跡真偽之申請函已詳細列舉：(1)鑑定資料：甲件：正 0 軒食品工業有限公司銷貨收入明細表二十八張。資料來源：民國七十九年十一月五日全 0 鑑定公司於台南縣稅捐稽徵處拍攝。乙件：正 0 軒食品工業有限公司客戶購買記錄表三張。正 0 軒食品工業有限公司柯 0 美心得報告五張。正 0 軒食品工業有限公司七十六年至七十七年員工薪資發放名冊十三張。(2)鑑定項目，(3)陳 0 明之簽名：1.甲件陳 0 明之簽名（含正本及影本）與乙件陳 0 明之簽名是否同一人筆跡？2.說明：1 甲件陳 0 明簽名為正本之月份：七十六年九月、十月、十一月、十二月，七十七年二月、三月共六個月份。2 甲件簽名為影本之月份：七十六年元月、二月、三月、四月、五月、六月、七月共七個月份。(4)黃及黃 0 政之簽名：1.甲件「黃」字簽名為正本之月份：七十六年九月、十月、十一月、十二月，七十七年元月、二月、三月、四月、五月、六月、七月、八月、九月、十一月、十二月共十五個月份。2.甲件簽名為影印本之月份：七十六年七月、八月，七十七年十月，七十八年二月、三月、四月、五月共七個月份。其結果經憲兵司令部刑事支援中心八十一年十月五日出具之(81)鑑驗字第六一三七號鑑驗通知書之「鑑驗結果」已詳載：「1.資料甲、乙中『黃』字之簽名筆跡，其慣性特徵均不相似。（二）資料甲、乙中『陳 0 明』之簽名筆跡，其慣性特徵均不相似。3.資料甲、乙中『楊 0 龍』之簽名筆跡，其慣性特徵均相似。4.資料甲、乙中『柯 0 美』之簽名筆跡，其

慣性特徵均相似。」(三)由上列鑑定結果顯見銷貨收入明細表係楊○龍及柯○美親筆所偽造，與全球鑑定顧問股份有限公司79年11月30日七九一一二六號鑑定報告書及憲兵司令部80年12月28日(80)鑑驗通知書之鑑定結果完全相符，即可證明再審被告機關原處分據以核課補徵再審原告七十五年至七十八年短漏報銷貨收入之所謂銷貨收入明細表全部皆係偽造。憲兵司令部刑事支援中心係國家所成立之鑑定機構，其鑑定結果，自有法律效力存在，且為鈞院歷次判決所不否認，即為符合行政訴訟法第二十八條第七款「為判決基礎之證物係偽造或變造者」之認定。而鈞院即應就實體加以審酌。而鈞院八十一年度判字第一四九四號原判決及八十二年度判字第二六六號及八十二年度判字第二四六二號判決卻指稱「查獲案之銷貨收入明細表有原告法定代理人簽名者計有七十六年七月至七十八年五月等二十二個月，而鑑定報告認非其筆跡者僅七十六年八、九、十及七十七年五、八等五個月份，餘並未表明具體意見，其他被鑑定之陳○明等亦同，從而尚難依該鑑定報告之結果即予推翻原告前開承認系爭帳證為其所有之事實。」云云，非但與前揭憲兵司令部刑事支援中心出具有公信力之「鑑驗通知書」「鑑驗結果」所證明扣案銷貨收入明細表全部係出於偽造之事實不符，更有違證據採證法則，況退步而言，鈞院原審判決及再審之訴判決既已認明「非其筆跡者有五個月」則至少該五個月份之全部即無再列入再審原告營業收入而補徵營業稅之餘地，即理應將該部分剔除重為審查始屬適法，反觀鈞院八十二年度判字第二四六二號判決「本件原判決(按即本院八十一年度判字第二三〇三號判決)以前審判決認獲案之帳證係再審原告公司查獲為再審原告所有，已為再審原告代表人確認無訛，事後翻異前詞，認係經人偽造無足採」事實認定之違法，採證之偏頗，如何令人甘服。

(四)由上述事證，已足證再審被告機關所據以核課補徵再審原告七十五年至七十八年營業稅其中所依據之二十八張銷貨收入明細表全部係出於偽，已屬不爭之事實，則鈞院理應就此部分依行政訴訟法第二十八條第七款及同法第二十六條之規定判決將鈞院歷次再審之訴判決及原判決均廢棄，再訴願決定、訴願決定及原處分均撤銷，並將其中之二十八張偽造之銷貨收入明細表(75.年元月份至78.年5.月份)全

部剔除，判決免罰，以資適法、公允。五、綜上所陳之理由及證據，本件顯有行政訴訟法第二十八條第一款、第七款及第十款之情形，爰依法提起再審之訴等語。

### 理 由

按當事人對於本院之判決，提起再審之訴，必須該判決具有行政訴訟法第二十八條所列各款情形之一者，始得為之。該條第一款所謂「適用法規顯有錯誤者」，係指原判決所適用之法規與該案應適用之現行法規相牴觸，或與判例、解釋相違背者而言。而該條第七款所謂「為判決基礎之證物，係偽造或變造者」，係指其偽造或變造構成刑事上之犯罪者而言，且此種偽造或變造之行為，應以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限。又同條第十款所謂「發現未經斟酌之重要證物」，係指該項證物在前訴訟程序中即已存在，而當事人不知其存在，現始知其存在者而言，並以如經斟酌可受較有利益之裁判者為限。若對已經斟酌之證物有所爭執，則無該款之適用。本院六十二年判字第六一〇號、七十六年判字第一四五一號、及六十九年判字第七三六號分別著有判例。本件再審原告前因營業稅事件，循序提起行政訴訟，經本院以八十一年度判字第一四九四號判決駁回其訴訟，多次提起再審之訴，分別經本院以八十一年度判字第二三〇三號、八十二年度判字第二六六、一五五五、二四六二號判決駁回各在案。茲再審原告復以本院前開各判決具有行政訴訟法第二十八條第一款、第七款、及第十款之再審事由，對之提起再審之訴，主張：再審原告向台灣台南地方法院聲請閱卷，發現未經斟酌之重要證物，即國防部福利總處八十二年六月十四日(82)我誠字第二七三二號、及八十二年七月五日(82)我誠字三一七六號函，證明再審原告每月開立發票之銷貨金額，與國防部福利總處函復再審原告銷貨總金額相符，而與扣案憑以認定再審原告漏報銷貨收入之銷貨收入明細表所載銷貨金額不符；及台灣台南地方法院證人陳〇明、閻〇斌訊問筆錄，證明扣案之銷貨收入明細表係出於偽造，證人柯〇美、楊〇龍之談話筆錄內容皆係不實。且再審原告代理人黃〇政與管理部副課長盧〇華從未承認查獲之帳證為真實。另再審原告於前再審程序中提出憲兵司令部刑事支援中心 80.12.20.(80)鑑驗字第六一九七號、

81.10.5.(81)鑑驗字第六一三七號鑑驗報告，與全0鑑定顧問股份有限公司鑑定書，證實扣案之銷貨收入明細表係楊0龍與柯0美親筆偽造。本院原判決及在前之歷次判決依據偽造之銷貨收入明細表、及證人楊0龍、柯0美不實之證言，認再審原告有逃漏營業稅之行為，而維持原處分及決定，駁回再審原告之訴，及再審之訴，顯有發現重要之證物漏未斟酌，及採證違法之再審事由等語。查再審原告提出之證物憲兵司令部刑事支援中心及全0鑑定顧問股份有限公司之鑑定報告及鑑定書，業經再審原告於前再審程序中提出，為原判決所不採，並已說明其理由，已非前揭所謂發見未經斟酌之重要證物。而再審原告於另案即台灣台南地方法院八十二年度上更（一）字第七號再審原告違反營業稅法案件中已委任律師陳清秀為訴訟代理人，於八十二年六月五日調查庭訊問證人陳0明、閻0斌時在場，嗣又於前開國防部福利總處函復由承辦法官收受附卷後閱卷，有再審原告提出之委任狀、訊問筆錄、及前開函件足憑。顯然該項證物在八十二年十月二十九日原判決即前訴訟程序中即已存在，為再審原告所知，而非不知其存在，現始發見其存在者，亦非所謂「發見」之新證物。又再審原告所訴為本案判決基礎之證物即扣案之銷貨收入明細表為偽造、證人楊0龍、柯0美之證言不實乙節，未據提出該偽造證物，或偽證罪有罪之判決，或其刑事訴訟不能開始或續行非因證據不足之證明，要難採信。且經核原判決以再審原告所主張者與以前歷次訴訟程序中所主張者無何差異，而其以前歷次訴訟程序中所為之主張為本院各該訴訟程序之再審判決所不採，並敘明不採之理由，認再審原告對本院八十二年度判字第一五五五號判決提起再審之訴，所主張者無一與法定再審要件相符，其駁回再審之訴為無不合，而駁回再審原告提起之再審之訴。其適用法規與該案應適用之現行法規並未抵觸，與解釋判例亦不違背。再審原告所訴原判決採證違法云云，無非對本院取捨證據，認定事實之職權作任意之指摘而已。此外，復無其他再審之原因，其提起本件再審之訴，難謂有理由，應予駁回。又當事人就同一事件，對本院另次之判決，提起再審之訴，必須其最近一之之判決，具有再審之原因，始得審究其前此各次之判決有無再審理由。本件再審原告對本院最近一次之原判決，已無再審理由已如前述。從而其對本院前此

歷次所為判決提起再審之訴，自毋庸審究，附此敘明。

據上論結，本件再審之訴為無理由。爰依行政訴訟法第三十三條、民事訴訟法第五百零二條第二項，判決如主文。

中華民國八十三年二月二十四日  
(本聲請書其餘附件略)

### 抄葉 0 翻聲請書

#### 一、必須請求解釋之理由：

國家置行政法院，定位，應屬司法團體，以補民法刑法之不足，為處斷人民與軍政機關涉訟之審理機關。其評事人員除應備豐富法學修養，必須具備鑑定真偽證物之能力，與公正廉明之倫理道德觀。否則：終歸一敗塗地，怨聲載道。而軍政機關，為行使國家政策，用公權力不擇手段執行任務，有涉嫌暴露人性弱點者，倘若以法律、倫理、道德，加以矯正，我想應該是相得益彰。輕易釋訟。本案就因行政院所著七十六年判字第一四五一號判例，球員兼裁判，為虎作倀，徒勞檢察署、軍法局、監察院，眾多人力資源之浪費。且有人指認偽造文書係行政法院認定無罪。羅蘭夫人名言「多少罪惡，假汝之名以行」。行政法院七十六年判字第一四五一號判例，已牴觸憲法第十六條。請求解釋。

#### 二、爭議之性質與經過，及其對本案所持之立場與見解。

查本案之爭議，係維護聲請人曾於民國四十七年六月七日奉當時國防部職掌人事權責之副官局簽奉先總統蔣公核准代理參謀總長辦公室研究發展室少將副主任達一年九個月，並享有先總統蔣公 45.6.1.(45)台統(二)倫字第四八三號代電：(現階上校占將級缺)規定之正副主(管)官加給或別費等待遇，與榮譽。因以自謀生活，請求退役後，由從事酪農職業，至年老無力適應，欲轉業專科學校教職，乃向國防部人事參謀次長室申請代理研究發展室副主任職級之證明書，為就任教職敘薪之用，不料適逢歷年現階上校占將級缺之退役軍官數百人，組織榮員聯誼會，

陳情行政院退除役官兵輔導委員會，爭取（二）倫字第四八三號代電現階上校占將級缺之榮譽與待遇，因此爭議。人事參謀次長室藉故不履行發給證明書之義務，使聲請人喪失就業機會，無以維生。經榮員聯誼會將歷年依法爭議資料，悉數提供。「聯誼會數百榮員，均於八一年春，均已獲得恢復占將級之待遇。由軍管區管轄，補發退役時未領之主管加給或特別費，及榮民總醫院將級醫療等待遇。」聲請人乃依法提起行政訴訟，而行政法院評事竟依被告機關人事參謀次長畢〇簽署登載不實偽造之答辯資料，杜撰副官室等偽造判決理由駁回。再審，則以違反行政法院所著七十六年判字第一四五一號判例規定程序，確定終局。

聲請人對本案判決，殊難甘服立場，乃依該一四五一號判例，將被告機關人事參謀次長畢〇簽署登載不實偽造之答辯資料，向台北地方法院檢察署提起告訴。蒙其偵查後，移請國防部軍法局追訴。而軍法局以條戳函復，認為行政法院判決，未涉有偽造文書罪嫌，顯係誤會。不負責任。聲請人仍秉上述立場，依法向監察院輪值委員翟宗泉先生陳情，蒙其受理。即依監察法第三十條委託國防部調查。併提出「貴部人事參謀次長室否定原副官局依人事權責發布之代理副主任少將編階任命之依據為何？又貴部就占缺未晉人員之認定標準為何？請一併查復。」經監察院檢附國防部孫部長簽署，「類同答辯資料文號」之復函，函請聲請人查照，查該函首以不實言詞混淆視聽，終于「綜上所述，本部並未否定前副官局簽奉核准葉員暫行代理研發室副主任之事實。」招認不諱。對占缺未晉人員之認定標準？答復：將台統（二）倫字四八三號代電（現階上校占將級缺）擅自改為「調任」。而先總統常以手令任命人員，及負全軍人事權責之副官局，必須遵守各單位之編制裝備表，依各單位報請簽奉總統核准現階上校占將級缺任命人員等，均遭其否定。足證其答辯資料，全屬登載不實之偽造文書。經再度晉見翟委員，承告知：準備調查資料，多印幾份，並出席，擬親自調查。在調查資料送達監察院，翟委員親往人事參謀次長室。其調查報告，以影印函告，經查該報告與被告機關主管畢〇簽署之答辯資料，如出一轍。聲請

人三度晉見翟委員，舉證分析調查，已受其騙。使翟委員沉思自語：「湮滅證據」。願循陳情標的，委託軍法局調查不予追訴之原因？經該局長簽署之復函：以「經行政法院評事審核後，始予認定，單位主管尚無涉有偽造文書罪嫌可言，顯係誤會。」推卸責任。聲請人依此請求監察院秉於前後調查所見聞，執行糾舉權，處理本案。然而監察院今已式微，以「經查主管機關之處理，尚無違失。」「嗣後恕不再復。」敷衍了事。

三、處理本案之主要文件及其說明：附呈全案文件影本與簽註。

四、聲請解釋憲法之目的：

疑義，行政法院評事，不辨是非，容許被告機關，函送登載不實偽造答辯資料，附和杜撰副官室等偽證為判決理由，駁回。再以其所著判例七十六年判字第一四五一號，以不符再審程序，確定終局，推卸責任。顯已牴觸憲法第十六條，並剝奪憲法第七條賦予聲請人服役軍中一生最高榮譽與待遇，法律上之平等權。依此目的請求賜予解釋。

聲請人 葉〇翻

行政法院判決

八十一年度判字第一七二五號

再 審 原 告 葉〇翻

（住略）

再審被告機關 國防部人事參謀次長室

上再審原告因請求發給編階證明等事件，對本院中華民國八十一年五月十九日八十一年度判字第九二二號判決，提起再審之訴，本院判決如下：

主 文

再審之訴及附帶損害賠償之請求均駁回。

事 實

緣再審原告原係國防部參謀總長辦公廳第一組上校副組長，民國四十九年四月一日退役，於七十九年八月九日向再審被告機關申請核發國防部參謀總長辦公廳研究發展室副主任少將編階證明。經再審被告機

關以七十九年十月二十日(79)吉單字第七一七八號書函復請依規定報請所隸團管區核轉辦理。再審原告遂以其於四十七年六月七日代理前國防部參謀總長辦公廳研究發展室少將副主任職務，至四十九年三月三十一日止均支領少將副主任主管加給及待遇云云，向台北縣團管區司令部請求發給離營前軍階及待遇證明，經該團管區司令部報經再審被告機關以七十九年十二月十二日(79)吉善字第一四六八〇號簡便行文表復以再審原告原係國防部參謀總長辦公廳第一組上校副組長，四十九年四月一日退伍，依申請核發一次退休金，而其代理前國防部參謀總長辦公廳研究發展室副主任，因非正式任命調佔高階職缺，退伍時仍為上校副組長，所請不合等語。台北縣團管區司令部即於七十九年十二月十八日以簡便行文表轉知再審原告。再審原告旋於八十年一月十四日向行政院人事行政局請求解釋有關代理職務及待遇等疑義，經轉由再審被告機關以八十年三月二十五日(80)吉和字第三九三號書函，略以依國防部四十六年六月三十日(79)吉善字第〇二二二號令訂定之陸海空軍軍官任職規則第十一條第二款規定，代理職務係以人事權責單位發布之人事命令為準，非低階高估，如係依人事權責單位核定派代者，所支領高階之特別費等待遇應屬合法。而再審原告於四十九年四月一日係以上校退伍，核發一次退伍金新台幣（以下同）三五、七七六元，眷補代五、二〇八元，並無特別費併計之規定，再審原告不服，循序提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，提起行政訴訟，亦遭本院八十一年度判字第九二二號判決駁回。茲再審原告係以該判決具有行政訴訟法第二十八條第一款及第七款事由，提起再審之訴，其起訴意旨略謂：一、再審被告機關先將人事權責單位「國防部副官局」核准再審原告代理研究發展室少將副主任乙事，偽稱係參謀總長辦公室(47)制券室第〇四七一號函准備查者，乃否定副官局依權責發布之任命，繼則以國防部 47.8.21.人會職字第二二〇號令謂已將再審原告調為上校副組長，藉以解除再審原告代理副主任之職，並以再審原告未正式調任少將職缺，認不合核發少將編階證明之要件。有背先總統將公 46.6.1.台統（二）倫字第四八三號代電「占缺未晉人員」調職退伍後，仍保有原將級名分及原待遇之主旨，原判決因再審被告機關移花接木之陳述，認定其不核發再審原告請求之證明「並無違

誤」，有悖事實。二、國防部與參謀本部有政令、軍令之別，文件所賦某字，依權責劃分，各有所司，無從比較，原判決竟以「總長辦公廳 47.8.13.利卷廳第 0 0 四五號令」「奉參謀總長王上將 47.8.12.(47)備使字第一一 0 號令略用 人令另發」「比較觀之自明」作為判決基礎，顯屬草率等語。

### 理 由

按行政訴訟法第二十八條第一款所謂適用法規顯有錯誤，係指原判決所適用之法規與該案應適用之現行法規相違背，或與解釋判例有所牴觸者而言。至於法律上見解之歧異，再審原告對之縱有爭執，要難謂適用法規錯誤，而據為再審之理由，本院六十二年判字第六一 0 著有判例。本件再審原告主張原判決適用法規顯有錯誤，無非以先總統蔣公 46.6.1.台統（二）倫字第四八三號代電曾有占缺未晉人員調職退伍後，仍保有原將級名分及原待遇之指示，再審被告機關對原告已由國防部副官局核准代理研究發展室少將副主任之事置之不顧，而謂再審原告已經國防部調為上校副組長，否認再審原告代理少將副主任之事實，原判決不察，認再審被告機關不核發再審原告軍階及待遇證明為「無違誤」，與事實有違，且適用法規顯有錯誤等情為論據。經查四十七年六月七日再審原告固曾經國防部參謀總長辦公室以(47)制券室字第 0 四七一號函准該部副官局(47)註詞字第一四七九號函簽，暫准代理該部研究發展室少將副主任，但該部旋於同年八月二十日以人令（職）字第二二 0 號令核定調再審原告為改組後該部參謀總長辦公廳第一組上校副組長，嗣該部更以四十九年三月一日(49)祺福字第 0 五二五號令准再審原告於同年四月一日以陸軍步兵上校副組長身分退役，凡此有各該令、函及兵籍表之記載等可稽。按「軍職遇有缺員而無相當人員可以補充者，得由其直屬長官遴派階級專長相當之人員代理其職務，但不得逾六個月，否則應予調整。」「代理職務以人事權責單位發布之人事命令始屬有效。」為當時國防部令頒之陸海空軍軍官任職規則第十一條及第十四條所規定，國防部副官局雖為國防部之業務單位，但對國防部所屬各單位之人員之升遷、調補並無發布人事命令之權。原判決因認再審原告並未經人事權責單位正式發布調任少將副主任職務，不合發給少將編階之證明之條件，自無判決所適用法

規與應適用法規違背，或與解釋判例相牴觸之情事，至先總統 蔣公 46.6.1.台統（二）倫字第四八三號代電，其適用範圍為三軍編階將級（含上校調任將級缺）正副主（管）官及正副幕僚長有關職期調任軍官維持原待遇實施原則，再審原告既未正式調任少將職缺，自無該規定之適用，再審原告指謂原判決違背該代電之規定，不無誤會，其以此理由指摘原判決適用法規錯誤，顯無理由。此外，再審原告另謂原判決有行政訴訟法第二十八條第七款再審理由乙節，經查本款所謂為判決基礎之證物，係偽造變造者，係指其偽造或變造構成刑事上之犯罪者而言，且此種偽造或變造之行為，應以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行，非因證據不足者為限，此有本院七十六年判字第一四五一號判例可供參照。本件再審原告既未能舉出其原判決所憑何種證據，係出於偽造變造之事實，亦未提出該偽造、變造證據之行為，業已受有罪判決確定之證明，則其貿然指稱原判決有本款再審事由，自無可採。綜上所述，原判決並無行政訴訟法第二十八條第一款、第七款之事由，再審原告所提本件再審之訴，顯無再審理由，應予駁回。至其附帶請求之損害賠償，因失所附麗，應併予駁回。

據上論結，本件再審之訴為顯無再審理由，爰依行政訴訟法第三十三條、民事訴訟法第五百零二條第二項，判決如主文。

中華民國八十一年八月二十七日  
（本聲請書其餘附件略）

## 司法院釋字第三九四號解釋

中華民國 85 年 1 月 5 日

院台大二字第 00467 號

### 解 釋 文

建築法第十五條第二項規定：「營造業之管理規則，由內政部定之」，概括授權訂定營造業管理規則。此項授權條款雖未就授權之內容與範圍為明確之規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件、營造業及其從業人員之行為準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範。至於對營造業者所為裁罰性之行政處分，固與上開事項有關，但究涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件與法律效果，應由法律定之；法律若授權行政機關訂定法規命令予以規範，亦須為具體明確之規定，始符憲法第二十三條法律保留原則之意旨。營造業管理規則第三十一條第一項第九款，關於「連續三年內違反本規則或建築法規規定達三次以上者，由省（市）主管機關報請中央主管機關核准後撤銷其登記證書，並刊登公報」之規定部分，及內政部中華民國七十四年十二月十七日（七四）臺內營字第三五七四二九號關於「營造業依營造業管理規則所置之主（專）任技師，因出國或其他原因不能執行職務，超過一個月，其狀況已消失者，應予警告處分」之函釋，未經法律具體明確授權，而逕行訂定對營造業者裁罰性行政處分之構成要件及法律效果，與憲法保障人民權利之意旨不符，自本解釋公布之日起，應停止適用。

### 解釋理由書

對於人民違反行政法上義務之行為科處裁罰性之行政處分，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及法律效果，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨，本院釋字第三一三號解釋可資參照。準此，凡與限制人民自由權利有關之事項，應以法律或法律授權命令加以規範，方與法

律保留原則相符。故法律授權訂定命令者，如涉及限制人民之自由權利時，其授權之目的、範圍及內容須符合具體明確之要件；若法律僅為概括授權時，固應就該項法律整體所表現之關聯意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字；惟依此種概括授權所訂定之命令祇能就執行母法有關之細節性及技術性事項加以規定，尚不得超越法律授權之外，逕行訂定制裁性之條款，此觀本院釋字第三六七號解釋甚為明顯。

建築法第十五條第二項規定：「營造業之管理規則，由內政部定之」，概括授權內政部訂定營造業管理規則。此項授權條款並未就授權之內容與範圍為明確之規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件、營造業及其從業人員之行為準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範。內政部於中華民國七十二年五月十一日修正發布之營造業管理規則第三十條第一項第十一款（七十五年四月三十日修正條次為第三十一條第一項第九款，迄至現行規則規定之條次相同），關於「連續三年內違反本規則或建築法規規定達三次以上者，由省（市）主管機關報請中央主管機關核准後撤銷其登記證書，並刊登公報」之規定，及內政部七十四年十二月十七日（七四）臺內營字第三五七四二九號關於「營造業依營造業管理規則所置之主（專）任技師，因出國或其他原因不能執行職務，超過一個月，其狀況已消失者，應予警告處分」之函釋，雖係基於公共利益之考量，屬行政主管機關行使監督權之範疇；但已涉及人民權利之限制，揆諸前開說明，仍有法律保留原則之適用。蓋「撤銷登記證書之處分」，係指對於違反管理規則所定義務之處罰，將其已享有之權益，予以不利之處分；而警告處分既發生撤銷登記證書之法律效果，亦屬行政處罰種類之一，均應以法律或法律具體明確授權之規定為依據，方符憲法保障人民權利之意旨。

綜上所述，建築法第十五條僅概括授權訂定營造業管理規則，並未為撤銷登記證書之授權，而其他違反義務應予處罰之構成要件及制裁方式，該法第八十五條至第九十五條已分別定有明文，是上開營造業管理規則第三十一條第一項第九款及內政部七十四年十二月十七日

(七四)臺內營字第三五七四二九號函，均欠缺法律明確授權之依據，逕行訂定對營造業裁罰性行政處分之構成要件及法律效果，與憲法保障人民權利之意旨不符，自本解釋公布之日起，應停止適用。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

抄海 0 營造股份有限公司法定代理人陳 0 寬聲請書

受文者：司法院

主 旨：為行政院八十一年度判字第二一二三號判決及同院八十二年  
年度判字第九六號判決所適用內政部七十四年十二月十七日  
(74)台內營字第三五七四二九號函釋，違反中央法規標準法  
第五條及第六條規定之法律保留原則以及所適用內政部營造  
業管理規則（七十八年三月十七日修正公布）第三十一條第  
一項第九款規定，違反比例原則，發生牴觸憲法第二十二、  
二十三條之疑義。謹依司法院大法官審理案件法第五條第一  
項第二款之規定，聲請解釋前揭函釋及規則規定牴觸憲法。

說 明：

一、聲請解釋憲法的目的：

行政院八十一年度判字第二一二三號判決及同院八十二年  
年度判字第九六號判決所適用內政部七十四年十二月十七日  
(74)台內營字第三五七四二九號函釋，違反中央法規標準  
法第五條及第六條規定之法律保留原則以及所適用內政部營  
造業管理規則（七十八年三月十七日修正公布）第三十一條  
第一項第九款規定，違反比例原則，發生牴觸憲法第二十二、  
二十三條之規定，嚴重影響人民之自由基本權，爰依法  
聲請鈞院大法官會議解釋前開函釋及規則規定牴觸憲法第二  
十二、二十三條之規定。

## 二、疑義之性質及經過及涉及之憲法條文：

(一)緣聲請人於民國七十三年三月三十一日因承攬台電公司「核能四廠石碇溪改道工程」，為台北市政府工務局以涉嫌轉包，提經台北市營造業審議委員會第七六〇一次會議決議處以停業六個月之處分，並以 76.8.13 北市工建字第六六一七〇號函送該處分決議書予聲請人。另以聲請人於七十三年十二月間將其登記用以作為營造業資本額之不動產，即坐落羅斯福路三段〇〇〇號建物拆除改建，擅自異動，且於拆除前亦未依規定辦妥變更登記，該不動產實體既因拆除不復存在，以致構成登記作為營造業資本額之不動產不足為由，台北市政府工務局以經提台北市營造業審議委員會第七八〇二次會議決議授權台北市政府工務局逕行處分，台北市政府工務局乃以 78.11.6 北市建字第六七五五一號函為警告乙次及停業，又以聲請人所屬技師未經報備核准於七十五年十一月出國逾一個月，依內政部 74.12.17(74)台內營字第三五七四二九號函釋「主(專)任技師因出國或其他原因，不能執行職務超過一個月，其狀況已消失者，應予警告處分」之規定，提經同委員會第七五〇二次決議警告乙次，並以 74.12.12 北市工建字第六九七六四號函送該處分決議書予聲請人。嗣以聲請人於七十三—七十五年間連續三年違反營造業管理規則達三次，依營造業管理規則第三十九條第一項第九款規定，提經台北市營造業審議委員會決議撤銷聲請人之營業登記證書並報經內政部核准後，再以 80.11.1 北市工建字第七一三五二號函通知聲請人撤銷營造業登記證書。案經聲請人以前揭內政部行政函釋違反法律保留原則，以及前揭營造業管理規則第三十九條第一項第九款規定違反比例原則，應為無效等情，提起訴願、再訴願及行政訴訟，經行政院八十一年度判字第二一二三號判決適用前開函釋及規定，駁回聲請人之訴，聲請人不服，提起再審之訴，行政院八十二年度判字第九六號判決又以前揭三行政處分均已確定且

前揭管理規則以三次違規即撤銷營業登記乙節，係屬法規制定與主管機關裁量之問題，不得指為違法云云，駁回聲請人之訴確定在案。

- (二)查行政法院八十一年度判字第二一二三號判決及八十二年度判字第九六號判決所適用內政部七十四年十二月十七日(74)台內營字第三五七四二九號函釋，違反中央法規標準法第五條及第六條規定之法律保留原則，以及所適用之內政部營造業管理規則第三十一條第一項第九款規定違反比例原則，牴觸憲法第二十二、二十三條之規定，侵害聲請人依憲法第二十二條被賦予之自由權利。

三、聲請解釋憲法之理由及對本案所持之立場及見解：

- (一)關於內政部 74.12.17(74)台內營字第三五七四二九號函釋：查台北縣政府工務局核發七四店建字第八八七號建造執照，係關於聲請人承造系爭新店市公所文化大樓新建工程之建造執照，於其背面「建築物勘驗紀錄表」一欄中，記載「屋頂板查驗」日期為 75.2.4，亦即在 75.2.4 該文化大樓新建工程結構部分即已完成，足以證明技師應負責之職務均已履行完畢，又聲請人公司之技師陳 0 謙於 75.5.8.至 75.6.11.出國期間，聲請人亦未再承造其他工程，並無技師不能執行職務之情事。更且陳 0 謙技師返國時，正逢留學生返鄉熱潮，因機位不足，無法返國而延誤數天，其情節至為輕微，且不可歸責，故聲請人並未違反內政部 75.4.30 修正營造業管理規則第十九條：「營造業之技師，應負施工技術之責，並應於開工、竣工報告單及申請查驗單上簽名並蓋章」規定，且該規則亦未規定技師不得出國超過一個月，惟本件行政法院判決所適用之內政部 74.12.17(74)台內營字第三五七四二九號函釋，竟強行規定：「主（專）任技師因出國或其他原因，不能執行職務超過一個月，其狀況已消失者應予警告處分」云云，顯係不合理限制技師之出國自由，缺乏規範之正當性與合理性，且以行政函釋限制人民自由權利，亦有違中央法規標準法第五條

及第六條所定行政法上法律保留原則，該行政函釋牴觸憲法第二十三條規定，侵犯聲請人依憲法第二十二條規定所取得之自由權利，至為明顯。

(二)關於內政部「營造業管理規則」第三十一條第一項第九款規定：

(1)按內政部所頒布「營造業管理規則」，於 72.5.11 以七二台內營字第一五六一一九號令修正，在該次修正之營造業管理規則中，並無所謂設立登記之不動產未經主管機關核准，擅自轉讓、抵押等情事者，應予處罰之規定，是依「處罰法定原則」以及「構成要件法定主義」之要求，「行為之處罰，以行為時法律有明文規定者為限」，本件聲請人於七十三年十二月間將所設立登記之不動產，即坐落台北市羅斯福路三段 0 0 0 號老舊房屋拆除，與鄰地合併改建新大樓，核其行為，既未違反行為時之法規規定，亦未實現行為時處罰法規之構成要件，亦即為行為時所不處罰之法律上自由行為，自無違章行為可言。台北市政府工務局竟引用嗣後於「78.3.17」始修正生效之營造業管理規則第四十條第九款及第四十一條第二項所新增列之處罰規定，「溯及既往」處罰聲請人早在過去數年前「拆除」房屋之行為已有可議，前開行政法院判決不查，逕駁回聲請人之訴，其適用法規顯然重大違背「法律不溯既往原則」，嚴重侵害人民信賴既存法律秩序之值得保護之利益，有違「公法上信賴保護原則」，是故該判決重大違法違憲，至為灼然。

(2)次查 75.4.30 修正之營造業管理規則第三十一條第十一款規定固已增列營造業「設立登記之不動產或機具設備未經主管機關核准，擅自轉讓、抵押等情事者」之禁止及處罰規定，而於 78.3.17 修正營造業管理規則第四十條第九款及第四十一條規定營造業「設立登記之不動產或機具設備未經主管機關核准，擅自轉讓、抵押等情事

者」，且依中央法規標準法第三條規定及上開營造業管理規則第四十六條規定，上開規定應自發布日施行，故上開禁止處罰規定應自「75.4.30」及「78.3.17」修正發布後施行，其規範對象乃是上開法令修正公布後之不動產「轉讓、抵押及分割」行為，本件既無「設立登記之不動產，未經主管機關核准，擅自轉讓、抵押、分割等情事」，即不應依上開規定處罰。

- (3) 何況，聲請人於七十三年間將老舊房屋拆除合建大樓，經分配新建房屋六樓之二及地下層，亦仍登記為聲請人公司所有，並未轉讓、出售、抵押、分割，故公司不動產價值仍然存在，並不受影響，對於債權人及股東均有保障，並無損害第三人之情事，核與上開營造業管理規則規定登記不動產不得擅自轉讓、抵押、分割之法規目的意旨無違。退步言之，縱認有違章情事，其情節亦極為輕微，並未發生實際損害。
- (4) 按聲請人為甲級營造業，資格取得相當不易，通常均需歷經數十年辛勤經營事業始有可能，故非有重大違規損害公益之情事，實不應遽予撤銷其營造業資格，以維護人民之生存權與營業自由權。乃本件，行政法院判決所適用七十五年四月三十日修正及七十八年三月十七日修正之營造業管理規則第三十一條第一項第九款竟規定：「營造業連續三年內違反本規則或建築法規規定達三次以上者，由省（市）主管機關報請中央主管機關核准後，撤銷其登記證書，並刊登公報」。依該規定只要有三次違規行為，即不分青紅皂白，亦不論其違規情節輕重，違規所造成損害之大小，是否為維護公共利益所必要，即一律「撤銷」其登記證書，剝奪其營造業資格，是不啻論處該營造業「死刑」，不僅嚴重侵害其營業自由權利，更妨害數百位員工及家屬之職業就業及生計，在法益之「利益衡量」上，顯然均未考慮「違規情節」及「違規處罰所欲維持公益」與「人民營業自由」及

「員工家屬職業生計」之利益狀態，在違規情節輕微不致重大損害公益之情形，依上述行政命令規定，仍應撤銷其證書，其規定顯非維持公益所必要，其手段與目的顯不相當，故行政法院八十一年度判字第二一二三號判決及同院八十二年度判字第九十六號判決所適用之 75.4.30 修正及 78.3.17 修正之營造業管理規則第三十一條第一項第九款規定，顯然逾越母法授權之必要範圍，違反行政法上比例原則並牴觸憲法第二十三條之規定，侵害人民之自由權利，應屬無效。

為此謹懇請 鈞院鑒核，賜准進行違憲審查，以維人民權益，至感德便。

#### 四、關係文件之名稱及件數：

- (一)行政法院八十一年度判字第二一二三號及八十二年度判字第九十六號判決影本各乙件。
- (二)內政部 72.5.11、75.4.30 及 78.3.17 修正營造業管理規則各乙件。

聲 請 人 海 0 營造股份有限公司  
法定代理人 陳 0 寬

中 華 民 國 八 十 三 年 四 月 十 六 日

附件一（一）

行政法院判決

八十一年度判字第二一二三號

原 告 海 0 營造股份有限公司  
(設略)

代 表 人 陳 0 寬 住同上

訴訟代理人 林辰彥 律師

被 告 台北市政府工務局

上當事人間因撤銷營造業登記證書事件，原告不服內政部中華民國八十一年五月二十一日台(81)內訴字第八一〇二五九〇號再訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如下：

## 主 文

原告之訴駁回。

## 事 實

緣原告海○營造股份有限公司於民國七十三年三月三十一日因承攬台電公司「核能四廠石碇溪改道工程」涉嫌轉包，被告提經台北市營造業審議委員會第七六○一次會議決議處以停業六個月之處分，並以七十六、八、十三北市工建字第六一七○號函送該處分決議書予原告。另原告於七十三年十二月間將其登記用以作為營造業資本額之不動產，即坐落羅斯福路三段○○○號建物拆除改建，擅自異動，且於拆除前亦未依規定辦妥變更登記，該不動產實體既因拆除不復存在，以致構成登記作為營造業資本額之不動產不足，經提台北市營造業審議委員會第七八○二次會議決議授權被告逕行處分，被告乃以七十八、十一、六北市建字第六七五五一號函予以警告乙次及停業。又原告所屬技師未經報備核准，於七十五年十一月出國逾一個月，經提台北市營造業審議委員會第七五○二次會議決議警告乙次，並以七十五、十二、十二北市工建字第六九七六四號函送該處分決議書予原告。因原告於七十三—七十五年間連續三年違反營造業管理規則達三次，被告於提經台北市營造業審議委員會決議撤銷其登記證書並報經內政部核准後，再以八十、十一、一北市工建字第七一三五二號函通知原告撤銷其營造業登記證書。原告不服，提起訴願、再訴願，均遭決定駁回，復提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨及補充理由略謂：一、原處分以原告承攬台電公司核能四廠石碇溪改道工程涉嫌轉包乙節。經查修正前營造業管理規則第二十三條但書規定「但專業工程部分得分包有關之專業廠商承辦」。分包人錢○衡於台灣台北地方法院七十四年度訴字第一四一三五號、台灣高等法院七十五年度上字第四○八號、台灣高等法院七十五年上字第四○八號裁定一案中，亦自認分包挖掘土方工作，如此專業工程部分之分包，依上揭規定，應為管理規則之所許，殊不因被告之提請議處而有疑義。二、1.被告台北市政府工務局以原告於七十三年十二月間將所登記用以作為營造業資本額之不動產，即坐落台北市羅斯福路三段二四五號之建物拆除改建，以致構成登記作為營造業資本額之不

動產不足，經提台北市營造業審議委員會第七八〇二次會議決議授權被告逕行處分，被告乃於 78.11.6 以北市建字第六七五五一號函予以警告乙次及停業云云。然查台北市政府工務局 80.10.11 北市工建字第七〇八四〇號函所檢送之營造業審議委員會第七八〇二次會議紀錄，並未審議原告有關不動產資本額因拆除舊有房舍改建，致資本額之不動產不足之違規情節，而原告亦從未接獲任何有關違規之事實或移送審議委員會審議之文件通知，及至七十八年十一月六日被告始以北市工建字第六七五五一號函通知原告已被警告乙次之情事，且前揭審議會中並無審議原告有無違規之任何事項，則被告以此函號所為之處分已有違法之可議。而依據該函號之主旨雖謂：「貴公司用以登記為營造業資本額之不動產，有擅自轉讓、抵押、分割等情事，依營造業管理規則第四十、四十一條之規定應予停業並警告乙次處分，請查照」云云。然原告所登記之不動產，曾於七十三年間向被告申請與鄰地合併改建大樓，並於同年十二月十八日獲准興建並蒙核發 73 建字第一四〇四號建築執照，且依行為時之營造業管理規則（內政部 72.5.11 台 72 內營字第一五六一一九號令修正），並無所謂設立登記之不動產或機具設備未經主管機關核准，不得擅自轉讓、抵押等情事之規定，原告自無違背規定之可言。況該不動產已分別於七十五年八月二十八日及七十六年五月二十九日向地政機關辦理產權登記，取得所有權，從無轉讓、抵押或分割之行為，則被告於 78.11.6 以北市工建字第六七五五一號函中引用內政部 78.3.17 台 78 內營字第六七三二一二號令修正後之營造業管理規則第四十、四十一條之規定處罰原告，實有違行政法上之保護相信原則。加以該函號所依據之台北市營造業審議委員會第七八〇二次會議並無有關原告有無違規之討論，而所據以處罰之營造業管理規則又非行為時之法律，從而此項行政處分已有明顯重大之瑕疵，應予撤銷。2.原告之不動產登記分土地與建物二部分，建物部分因年久失修不堪使用，於七十三年間拆除改建大樓，且已領得合法之建築執照已如前述，顯見其價值不減反增。而土地部分並未因拆除而損其價值，蓋經濟部所公佈之營造業直甲等，其資本額須在新台幣二千四百萬元以上（營造業管理規則 69.10.29 台內營字第四九七八五號令修正第十條），而依台北市古亭地政事務所八十一年

七月所核發之大安區（原為古亭區）龍泉段一〇九一號之地價證明及該土地之所有權狀所示，價值仍達新台幣八、七九四、〇八〇元以上，可知原告所有之建物雖有改建情事，但未違反行為時內政部72.5.11修正之營造業管理規則第十三條第三款之「營造業之資本額，依左列規定計算之：三、依法登記並為經營營造業所必需之不動產，不得超過百分之三十」之規定，違論違反75.4.30台75內營字第三八七七〇四號令修正之營造業管理規則第十二條第一項第三款或七十八年三月十七日修正之同條項款：「營造業之資本額，依左列規定計算之：三、依法登記並為經營營造業所必需之不動產，不得超過百分之三十，不得少於百分之十」之規定，則原處分、訴願及再訴願決定書中以原告以所登記作為營造業資本額之不動產建物改建，以致構成登記作為營造業資本額之不動產不足等語云云，顯有違誤，侵害原告之權益至深且鉅。三、查所謂原告所聘技師陳〇謙於七十五年間出國逾期問題（七十五年五月八日出境至七十五年六月十一日入境），係因該技師返國時適逢留美學子暑假返國省親熱潮，以致無法劃位，而延期歸期，已屬不可歸責，且考諸內政部75.4.30修正之營造業管理規則中，並無所謂技師出國不得逾一個月之明文規定，僅於第二十條中有關於技師離職之規定，茲該技師既非離職，則台北市營造業審議委員會第七五〇二次會議決議對原告所為之警告已有可議之處。況依該管理規則第九條中規定「申請為甲等營造業者應置有技師一人以上，且應為經濟部核准登記之土木、水利、環境（衛生）工程、結構工程科技師領有執業執照並有三年以上建築、土木工程經驗者，或經內政部核准登記並有五年以上建築工程經驗之建築師」。而原告為登記直甲等之營造業廠商，由建築、土木、電機等三位技師共同互相主持技師工作，此有經濟部技師登記證書二紙及建築師證書乙紙暨財政部台北市國稅局七十五年之扣繳憑單三紙可稽。茲原告於七十六年以前另有二位技師，分別為王〇雄（土木技師 - 住台北市〇〇街〇〇〇巷〇〇弄〇號〇樓）及陳〇華（電機技師 - 已死亡，住台南市南區〇〇街〇〇〇號之〇），事證均屬明確，則陳〇謙出國，其他二位技師仍可行事，並無違反規定可言，且原告於七十五年間上開技師出國期間，並未承攬新的工程，而原有承攬工程亦皆已完工，再訴願決定書中所

稱：「技師出國期間尚有新店市公所文化大樓新建工程」云云，並非實在。蓋該項工程建築結構之內外部主體工程皆已完工，而該名技師回國後即備文申覆免予處分，並蒙台北市工務局建築管理處 76.6.15 北市工建營字第三六四五五號函所附內政部營建署 76.6.9 七十六營署公字第六七八九號函釋略以：「技師出國期間未有承攬工程」云云，准予免處分，尤足見原處分、訴願、再訴願決定皆非適法。另查台北市「永 0 營造公司」亦與本公司同為直甲，亦聘技師三人，其中一名前往大陸探親，因班機延誤，致遲延數日返國，經台北市政府工務局查覺，予以警告處分，經向鈞院提起行政訴訟，依法撤銷原處分有七十八年判字第一三五三號判決可考，而原告之組織型態、技師誤期返台原因及受處分情形皆與上開永 0 營造公司類似，自不得異其處分，乃被告竟資為撤銷原告營造業登記證書之理由，委難令人甘服。四、訴願決定書中所謂「原處分機關（指被告）前後三次之處分，訴願人（指原告）既均未於法定不變期間請求行政救濟而告確定，從而原處分機關依首揭規則規定（指營造業管理規則第三十一條第九款）報請內政部核准後，撤銷訴願人營造業登記證書，並無不合，應予維持」等語。然查撤銷營造業登記證書乙事，係屬侵害剝奪人民基本權利之規定，而有關人民基本權利之限制，為法律保留的事項之一，應即由法律為之，行政機關僅能依法律所定而為執行，若法律無規定，行政機關自不得自為限制之決定。查營造業管理規則第一條固規定：「本規則依建築法第十五條第二項之規定訂定之。」惟管理規則僅為法規命令之一種，為行政管理之細則規定，不能變更或擴充實體法上所未規定之事項，尤不能變更構成要件事實，換言之，即子法不能超越母法之規定，否則即屬無效。遍查建築法全文，並無所謂撤銷或吊銷執照之規定，此乃立法機關於立法時認無此必要之故意行為，內政部所為之營造業管理規則，竟違反授權立法法源位階之理論，而擅自規定「連續三年違反本規定或建築法規規定達三次以上者應撤銷登記證書」云云，此項規定應屬無效。其次，立法授權不得違反授權明確性原則，立法機關至少應確定立法之目的、範圍與原則，然後在此範圍內授權政府或行政機關為進一步之立法。茲建築法第十五條第二項並未就授權內政部之目的、範圍、原則等作任何有關之規定，內政部所

為之營造業管理規則中有關撤銷營造業登記證書之該部分規定，委有違憲、違法之可議。基此而論，被告所為撤銷營造業登記證書所根據之法規即營造業管理規則第三十一條第九款，因屬干涉行政立法之範疇，侵害人民之基本權利，依該規則第一條及建築法第十五條之規定，顯有違反行政法上之法律保留，子法不得超越母法及授權明確性等原則，應認係得撤銷之行政處分。五、綜上所述，被告所為之行政處分，諸多違法，侵害原告權利之可議，為此訴請將原處分及訴願、再訴願決定，一併撤銷等語。

被告答辯意旨略謂：（一）原告於承攬台電公司核能四廠石碇溪改道工程時擅自轉包，業已違反營造業管理規則第二十二條：「營造業所承攬之工程，其主要部分應自行負責施工，不得轉包」，有台電公司 75.11.26 電建字第七五一—一四六五號函可資證明，原告明顯違反上開規定，被告據以提交本市營造業審議委員會第七六〇一次會議決議處以停業六個月之處分自為適法。（二）原告於七十三年十二月間擅將所登記用以作為營造業資本額之不動產座落本市羅斯福路三段〇〇〇號建物拆除，並與鄰地合併改建大樓，該不動產主體既已拆除不復存在，復於拆除之前亦未依規定辦妥不動產變更，以致構成不動產不足，且原告將不動產之土地部分（台北市古亭區龍泉段一小段—〇九—地號面積一四四 m<sup>2</sup>，持分所有權全部）與鄰地合建後其持分亦已變更（即原有土地與鄰地合併後基地面變大，其持分比例相對變小），從而被告據以提交本市營造業審議委員會第七八〇二次會議決議授權答辯機關逕行處分，被告以原告構成營造業管理規則第四十條第九款：「營造業不得有左列情事 九、設立登記之不動產或機具設備未經主管機關核准，擅自轉讓、抵押、分割等情事者」規定，乃依同規則第四十一條以 78.11.6 北市工建字第六七五五—一號函處以警告乙次及停業並無違誤。（三）原告於七十五年十一月間因所聘技師之一陳〇謙出國超過一個月，違反內政部 74.12.17 台內營字第三五七四二九號函：「『研商營造業主任技師出國逾期未返處理方式』會商結論（二）：『為加強主（專）任技師管理，嗣後查覺因出國或其他原因不能執行業務超過一個月，其狀況已消失者應予警告處理』」規定，經提本市營造業審議委員會第七五〇二次會議決議處以警告乙

次，並以 75.12.12 北市工建字第六九七六四號原告處分，且原告於技師出國期間尚有新店市公所文化大樓新建工程（73.7.22 - 76.3.4）之承攬行為，顯見違規事實明確。原告並辯稱其為登記直甲等之營造廠商，置有建築、土木、電機等三位技師共同互相扶持技師工作，惟依營造業管理規則附註：「逕行申請登記為甲等營造業原登記之條件二置有技師三人以上」，即逕行登記為甲等營造業（所謂直甲）條件之一需置有技師三人以上，與同規則第九條申請為甲等營造業者應具左列條件：「二、領有乙等營造業登記證書滿二年並於最近五年內承攬工程竣工累計額達五千萬元以上，三、置有技師一人以上」之申請條件不同，自有其不同因素之考量，並依內政部 65.7.6 台內營字第六八六八二二號函規定：在無主（專）任技師期間，所有工程不得繼續施工，故而營造業之技師其置有三人以上者，於執行業務時缺一不可，自不得有所謂互相扶持之情事，所辯自屬無理由，答辯機關所為處分自為適法。（四）原告於連續三年間違反營造業管理規則達三次，依同規則第三十一條第一項第九款：「營造業有左列情事之一者，由省（市）主管機關報請中央主管機關核准後，撤銷其登記證書，並刊登公報九、連續三年內違反本規則或建築法規規定達三次以上者」。被告復提請本市營造業審議委員會第八〇〇一次會議決議撤銷其登記證書，並報內政部，奉該部 79.10.16 台(80)內營字第八〇七五四八九號函准予辦理，乃以 80.11.1 北市工建字第七一三五二號函原告予以撤銷營造業登記證書，所為處分並無違誤等語。

#### 理 由

查本件原告所涉違規行為，先後發生於民國七十三年至七十五年間，自應分別當時有效之營造業管理規則有關規定，合先說明。

一、原告承攬台灣電力公司核能四廠石碇溪改造工程轉包部分：按營造業所承攬之工程，其主要部分，應自行負責施工，不得轉包，違反規定轉包者，除依法處理外，並視其情節輕重，依左列規定處理，並記載於承攬工程手冊，一、警告。二、依建築法令處罰。三、勒令拆除，其抗不遵行者，代為拆除之，並勒令其償還一切費用。四、三個月以上二年以下之停業。為行為時營造業管理規則（七十二年五月十一日修正）第二十三條第一項、第三十

九條、第四十條所規定。本件原告於七十三年三月三十日承攬台灣電力公司核能四廠石碇溪改道工程，於同年月三十一日轉包與王○再之事實，有發包工程承攬書及台灣電力公司 75.11.26 電建字第七五一—一四六五號函、台灣台北地方法院七十四年度訴字第一四一三五號民事判決附原處分卷可稽，原告有承攬工程後轉包之行為，堪足認定。被告乃據以提交台北市營造業審議委員會第七六〇一次會議決議予以停業六個月之處分，揆諸首揭法條規定，洵無違誤。原告雖主張依營造業管理規則第二十三條但書規定「專業工程部分得分包有關之專業廠商承辦」，而原告轉包部分為挖掘土方工作，屬專業工程部分，為法規所許云云。經查原告承攬石碇溪改道工程，有關土方挖掘工作，依工程性質尚難認屬專業工程，原告亦未能證明該承包商為專業廠商，況原告於知悉其受停業處分後並未提起訴願就違規事實有所爭執，嗣另受撤銷營造登記證書之處分後，始否認有違規轉包行為，殊不足採。原告此部分之起訴意旨，難認有理由。

- 二、關於專任技師出國超過一個月部分：按營造業之主任技師，應負施工技術之責。又營造業承攬工程違反本規則或其他有關法規或主管機關基於本規則所發布之命令者，除依建築法令處理外，應視其情節輕重，依左列規定處分，並應記載於承攬工程手冊。
- 一、警告。二、三個月以上一年以下之停業。為行為時營造業管理規則（七十五年四月三十日修正）第十九條、第四十條第四款及第四十一條所明定。又內政部 74.12.17(74)台內營字第三五七四二九號函示「『研商營造業主任技師出國逾期未返處理方式』主（專）任技師因出國或其他原因，不能執行職務超過一個月，其狀況已消失者應予警告處分。」原告所聘主任技師陳○謙未經主管機關報備核准，擅自出國，自七十五年五月八日至七十五年六月十一日，為原告所不否認。案經被告發覺提經台北市營造業審議委員會第七五〇二次會議決議處以警告一次，被告乃以 75.12.12.北市工建字第六九七六四號決議書處以警告，揆諸首揭法條規定洵無違誤。原告雖主張其技師陳○謙出國，返國時適逢留美學生暑假返國省親熱潮，無法劃機位致延誤歸期，自屬不可

歸責，且原告於陳0謙出國期間並未承攬新的工程，原承攬工程皆已完工，原告當時除陳0謙外，尚有二位技師王0雄及陳0華，則陳0謙出國期間其他技師仍可行事並無違反規定可言云云。惟查原告於技師陳0謙出國期間尚有承攬新店市公所文化大樓新建工程（七十三年七月二十二日－七十六年三月四日）進行中，業經被告查明屬實，則原告技師陳0謙出國，顯不能執行業務超過一個月以上，又原告為逕行登記為甲等營造業者，需置有技師三人以上，陳0謙為主任技師，依法在無主（專）任技師期間，所有工程不得繼續施工，是主任技師擅自出國離開職務，即違反規定。次查原告指營造業管理規則中，並無所謂技師出國不得逾一個月之明文規定，本院七十八年度判字第一三五三號判決就類似案件即認不符營造業管理規則第四十條所列各款之情形，不應為警告處分乙節。按內政部既就專任技師擅自出國已逾一個月以上者以74.12.17(74)台內營字第三五七四二九號函示予以規範，此項函釋即為主管機關基於營造業管理規則有關規定發布之命令，則被告據以裁處原告警告處分，自符同規則第四十一條規定，自屬有據。本院七十八年度判字第一三五三號判決既非判例，該判決所持法律上見解要無拘束其他類似案件之效力，本件自得本於獨立之見解而為妥適之判決。原告此部分之起訴意旨，亦難認為有理由。

- 三、關於變更原告資產登記部分：按營造業不得有設立登記之不動產或機具設備未經主管機關核准，擅自轉讓、抵押、分割等情事；違者，應予警告一次之處分，並應記載於承攬工程手冊，另由主管機關通知於三個月內補正，在未補正前應予停業，逾期未補正者，由省（市）主管機關依第三十一條之規定處理之。為七十八年三月十七日修正之營造業管理規則第四十條第九款及第四十一條第二項所明定。本件原告於七十三年十二月間未經主管機關核准擅將其所設立登記之不動產即坐落台北市羅斯福路三段000號房屋拆除，與鄰地合併改建大樓，為原告所不爭。經被告發覺提交台北市營造業審議委員會第七八0二次決議授權被告逕行處分，被告乃依首揭法條規定處以警告及停業。原告不服提起訴

願、再訴願及行政訴訟，主張原告將上開建物拆除改建之事發生於七十三年十二月間，當時有效之營造業管理規則（七十二年五月十一日修正發布），並無所謂設立登記之不動產未經主管機關核准不得擅自轉讓、抵押等情事及處罰規定，原告自無違背規定之可言，且該不動產改建完竣後，已分別於七十五年八月二十八日及七十六年五月二十九日向地政機關辦理產權登記，取得所有權，從無轉讓，抵押或分割之行為，被告援引嗣後修正之營造業管理規則有關規定處罰，違反法律不溯及既往原則及保護相信原則云云。經查原告於七十三年間拆除設立登記之不動產時，當時適用之營造業管理規則固無禁止轉讓抵押及處罰之規定，然原告於不動產改建完竣後既未向營造業管理主管機關辦理不動產設立登記，其違法狀態尚在繼續中，延至營造業管理規則於七十五年四月三十日及七十八年三月十七日修正增列禁止及處罰規定，原告既未補正，違反狀態仍存在，足認其有違背處分時有效管理規則第四十條第九款規定情事，被告乃適用同規則第四十一條第二項規定為警告及停業之處分，殊無違背依行為時法律處罰之原則，尚不生法令溯及既往處罰之問題。縱原告於建物改建後曾辦理土地及建物所有權登記，然此項登記與依營造業管理規則規定營造業應辦理資本（包括不動產）設立登記者，性質不同，原告怠於辦理不動產設立登記，仍無解於其違法事實之存在。又營造業管理規則於七十五年四月三十日及七十八年三月十七日修正時，政府機關即已依法發布，揭示於公眾，原告疏於注意未補行辦理登記，經被告發覺後予以處罰，亦無違反誠信原則及保護信賴原則可言，原告所訴各節均不足採。從而被告所為警告及停業處分，洵無違誤，訴願及再訴願決定遞予維持，亦均無不合。原告此部分起訴意旨，非有理由。

- 四、按營造業連續三年內違反本規則或建築法規規定達三次以上者，由省（市）主管機關報請中央主管機關核准後，撤銷其登記證書，並刊登公報。為七十五年四月三十日修正及七十八年三月十七日修正之營造業管理規則第三十一條第一項第九款所明定。本件原告自七十三年三月起至七十五年六月止三年之內，連續違反

營造業管理規則規定達三次以上，已如前述，被告於提經台北市營造業審議委員會決議撤銷其登記證書，並報經內政部核准後，通知原告撤銷營造業登記證書，揆諸首揭法條規定，洵無違誤。雖原告主張營造業管理規則僅為法規命令一種，不能變更或擴充實體法上所未規定之事項，而建築法本身並無所謂撤銷或吊銷執照之規定，營造業管理規則第三十一條有關撤銷營造業登記證書之規定，超越母法授權範圍，應屬違憲違法而無效，被告適用上開規定之處分亦當然無效云云。惟查營造業管理規則係依建築法第十五條第二項規定授權內政部制定，自具有法律效力。為管理營造業者，以確保工程品質及安全，該規則有訂定有關禁止及處罰規定之必要，此當然在授權範圍內，是營造業管理規則首揭撤銷登記證書之規定，要無超越母法之可言，自屬有效應予適用。從而訴願及再訴願決定遽予維持，核無不合。原告起訴意旨，難認有理由。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 一 年 十 月 二 十 日  
(本聲請書其餘附件略)

## 司法院釋字第三九五號解釋

中華民國 85 年 2 月 2 日

院台大二字第 03003 號

### 解 釋 文

懲戒案件之議決，有法定事由者，原移送機關或受懲戒處分人得移請或聲請再審議，公務員懲戒法第三十三條第一項定有明文。其中所謂「懲戒案件之議決」，自應包括再審議之議決在內。公務員懲戒委員會再審字第三三五號案例及其他類此案例，與上開解釋意旨不符，對公務員訴訟上之權利為逾越法律規定之限制部分，有違憲法第二十三條法律保留原則之規定，應自本解釋公布之日起不再援用。

### 解釋理由書

司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所稱：「確定終局裁判所適用之法律或命令」，乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言，業經本院釋字第一五四號解釋理由書釋示在案。公務員懲戒委員會依其處務規程第七十八條，設立「案例編輯委員會」，負責案例之編輯，就審議之案件，擇其案情或法律見解足以為例者，選輯為案例，作為案件審議之重要參考。其所選輯之「案例」與最高法院或行政法院之判例或決議相當，既經公務員懲戒委員會援引其案號或其具體內容為審議之依據，依本院釋字第一五四號解釋之意旨，仍有首開規定之適用，合先說明。

憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。至於訴訟救濟應循之相關程序，則由立法機關衡量訴訟性質以法律妥為合理之規定，而有憲法第二十三條法律保留原則之適用。公務員憲法上保障之權利，雖基於公法上之職務關係，在其職務上服從義務範圍內，受有相當之限制。惟除此情形外，公務員因權益受損害而尋求法律救濟之權，如有必要加以限制時，應以法律為之，尚不得以「案例」為逾越法律之限制。公務員懲戒委員會關於公務員懲戒案件之議決，若有公務員懲戒法第三十三條第一項所列舉各款情形之一者，於第三十四條各款所定期間內，原移

送機關或受懲戒人得移請或聲請再審議，係對公務員懲戒委員會之議決所設之特定救濟程序，用以發見實體之真實及妥當適用法規。惟公務員懲戒委員會無論審議或再審議懲戒案件，均應依公務員懲戒法所定程序作成議決書，其議決之性質並不因議決之先後而有不同。類此，在刑事訴訟案件，依刑事訴訟法第四百三十六條規定，開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序，更為審判，其所為之判決，除同法第四百三十七條第三項所規定者外，得依法上訴，判決確定者亦得依法聲請再審；在民事訴訟案件，依民事訴訟法第五百零五條規定，再審之訴訟程序準用關於各該審級訴訟程序之規定，其所為判決，得依法上訴，對於確定裁判得依民事訴訟法第四百九十六條以下之規定，提起再審之訴或聲請再審；在行政訴訟案件，依行政訴訟法第二十八條及第三十條規定，行政法院裁判具備同條各款所定再審原因者，得向行政法院提起再審之訴或聲請再審，而再審裁判如有上述再審理由者，仍得請求再審。是公務員懲戒法第三十三條第一項所稱「懲戒案件之議決」，並不以原第一次議決為限，苟再審議之議決仍具備再審議之原因者，除該法第三十九條第二項有不得更以同一原因提出再審議聲請之限制外，尚非不得就再審議之議決以不同原因提出再審議之聲請。蓋懲戒案件之議決，未若刑事訴訟法有裁定與判決之分；而其得予再審議之事由，因公務員懲戒法第三十三條第一項第一款之規定，其適用法規顯有錯誤者，既亦其中之一，顯已於刑事訴訟法之純為事實認定錯誤救濟之再審外，加上法令適用錯誤得為非常上訴之救濟事由。茲此款之所謂「法規適用錯誤」，本包括實體法與程序法，因是，移請或聲請再審議之議決，即令以不合法予以駁回，亦非均無實質之內容，更非完全不能達成救濟之目的。至若以無理由而駁回者，大多涉及實體，即以同條項第六款之足以影響原議決之重要證據漏未斟酌而論，其是否「影響」，即是否足以「推翻」再審議之議決，判斷上多與實體有關，尤不能謂其不具救濟之效果。何況因移請或聲請再審議之期間，同法第三十四條均有三十日不變期間之限制，與刑事訴訟法不盡相同（參看刑事訴訟法第四百二十四條、第四百二十五條），且如上述，公務員懲戒法第三十九條第二項復有不得更以同一原因移請或聲請再審議之規定，是以對「原議決」之移請或

聲請再審議，實質上自不可能不受次數之限制，如其以適用法規顯有錯誤為由移請或聲請再審議，經議決無理由予以駁回者，倘此一議決之法律上適用仍有錯誤，但因受三十日不變期間暨不得更以同一原因移請或聲請再審議之限制，其對「原議決」、即「第一次議決」，殊無從移請或聲請再審議；惟若准其對該「再審議之議決」為再審議之移請或聲請，當可獲得救濟。又如以影響原議決之重要證據漏未斟酌為由移請或聲請者，倘因其對該「證據」之存否此一事實，觀察有所過誤，經議決無理由予以駁回時，亦將因上述法條之規定致生相同之結果，如此尤謂不准其為再審議之移請或聲請，顯失公平。

公務員懲戒委員會再審字第三三五號、第三五一號、第四一一號、第四五二號、第四七八號、第四八六號、第四八九號及第四九七號等案例要旨謂：公務員懲戒法對於駁回再審議之議決，並無更行再審議之規定，此觀同法第三十三條、第三十四條、第三十五條有關聲請再審議之規定均明定係對「原議決」為之甚明，同法第三十三條規定之聲請再審議，應對第一次之議決即原議決為之等語，一概不許對於再審議之議決聲請再審議，與上開解釋意旨不符，而對公務員訴訟上之權利為逾越法律規定之限制部分，有違憲法第二十三條法律保留原則之規定，自本解釋公布之日起，應不再援用。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

協同意見書

大法官 孫森焱

按憲法第十六條所謂人民有訴訟之權乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利；法院亦有依法審判之義務而言。惟此項權利依憲法第二十三條規定，為防止妨害他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者，得以法律限制之。本院釋字第一五四號解釋理由書就此已有闡釋。釋字第一六〇號、第一七九號復就訴訟權之意義重申其義，第二五六號解釋理由

書進一步說明憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。是人民之訴訟權，經由制度上設計之訴訟程序而獲保障。

訴訟權既係指人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權，其性質自屬以確保實體上基本權為目的之程序上基本權。其內涵包括由符合憲法意旨成立之法院依法定程序為公平之審判。法院一方面不得拒絕審判各該權限內之訴訟事件，一方面非依法定程序不得審問處罰人民（憲法第八條第一項）。因此，對於裁判提出上訴或抗告，對於確定裁判提起再審之訴或聲請再審，莫非訴訟權行使之範圍，甚至請求訴訟救助為保障訴訟權之正當行使；請求強制辯護為獲得公平審判之方法，亦為訴訟權所保障。第關於訴訟權之限制，依憲法第二十三條規定，為防止妨礙他人自由，避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者，始得以法律為之。人民訴訟權之行使，究應經若干審級，憲法並未設明文，自應衡量訴訟案件之性質，以法律為合理之規定，非必任何案件均須經相同審級，始與憲法相符，故本院釋字第一六〇號解釋謂民事訴訟法第四百六十六條第一項對於財產權上訴之第二審判決如因上訴所得受之利益不逾八千元者不得上訴於第三審之規定（按現行法限制為不逾十萬元）與憲法並無牴觸。又釋字第三〇二號解釋認為刑事訴訟法第三百七十七條規定：「上訴於第三審法院非以判決違背法令為理由，不得為之」，旨在合理利用訴訟程序，以增進公共利益，尚未逾越立法裁量範圍，與憲法第十六條並無牴觸。其理由謂：憲法第十六條固規定人民有訴訟之權，惟此項權利應依如何之程序行使，審級如何劃分，應否將第三審法院定為法律審，使司法訴訟程序之利用臻於合理，屬立法裁量問題，應由立法機關以法律妥為規定。刑事訴訟法第三百七十七條規定限制第三審上訴之理由，即係基於上述意旨，為增進公共利益所必要，並未逾越立法裁量範圍，為憲法第二十三條之所許，與憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨並無牴觸云云。其中心意旨乃認訴訟權原包括上訴權在內，不以第一次起訴之訴訟權為限，惟為「增進公共利益所必要」，以法律限制之。即就再審權而言，釋字第一五四號解釋認行政法院四十六年度裁字第四十一號判例所稱：「行政訴訟之當事

人對於本院所為裁定聲請再審，經駁回後，不得復以同一原因事實，又以對駁回再審聲請之裁定，更行聲請再審」，旨在遏止當事人之濫訴，無礙訴訟權之正當行使，與憲法並無牴觸。解釋理由則自憲法第十六條規定之訴訟權立論，謂：裁判確定後，當事人即應遵守，不容輕易變動。故再審之事由應以法律明定者為限，與憲法第二十三條規定之法律保留原則無違云云，亦係承認再審權為訴訟權之一種，得依憲法第二十三條之規定以法律限制之，初未否認法定再審事由係對人民訴訟權之限制。本院釋字第三九三號解釋以行政法院七十六年判字第一四五一號判例對於行政訴訟法第二十八條第七款規定再審事由所為闡釋，與憲法第十六條保障人民訴訟權之規定尚無牴觸云云，自人民之訴訟權立論，謂行政訴訟法第二十八條第七款規定係對再審之訴之起訴要件有所限制，與釋字第一五四號解釋之意旨應無不同。要屬學說上所謂外部理論，自權利之全面認識訴訟權之構成要件（又稱廣義構成要件或大構成要件），再自訴訟權之外加限制認識是否符合法律保留原則或比例原則。

關於再審之法定事由，刑事訴訟法第四百二十條至第四百二十二條規定之各款情形，均涉及事實認定發生錯誤之情形，至民事訴訟法第四百九十六條第一項所定各款並第四百九十七條之規定，行政訴訟法第二十八條所定各款，公務員懲戒法第三十三條第一項所定各款情形不惟涉及認定事實錯誤問題，且與適用法規顯然錯誤、判決理由與主文顯然矛盾有關。各該法律規定之再審事由亦非一致。故再審制度並非僅為救濟原確定判決認定事實錯誤而設。對於再審程序設定寬嚴不一之法定事由，係對訴訟權之限制，即如司法院大法官審理案件法第二十九條規定：「對於憲法法庭之裁判，不得聲明不服」；總統副總統選舉罷免法第一百零一條及公職人員選舉罷免法第一百零九條均規定，對於選舉、罷免訴訟之判決不得提起再審之訴，均屬對訴訟權廣義構成要件所加限制，苟與比例原則相符，與憲法第二十三條規定即無牴觸。反之，若認再審為法律所創設之訴訟制度，根本不在憲法所保障訴訟權之列，自不可與訴訟權之限制相提併論云云，則於民事訴訟，原被兩造爭訟之法律關係，經由訴訟程序，已於確定之終局判決中經裁判者，即有既判力，其因確定判決而終結之事件於有再審理

由時，復本於再審之訴，以除去確定判決為目的而再開及續行前訴訟程序。就再審之訴以除去確定判決為目的言，屬形成之訴，訴之標的為訴訟法上得求除去確定判決之權利。其為訴訟權之性質，與其他形成之訴無殊。將提起形成之訴之訴訟權區分為憲法所保障之訴訟權及法律所創設之訴訟權，殊難自圓其說。再就刑事訴訟言，刑事判決雖經確定，若有違反真實之情形而不謀所以救濟之道，將坐視無辜者罹刑、有罪者倖逃。再審乃再審權人對於確定判決，以其認定事實不當為理由，請求法院就該案件，重新審判之程序。依刑事訴訟法第四百二十七條及第四百二十八條規定，得聲請再審者，固不限於受判決人，惟學說上對於受確定判決之當事人有再審權，謂之再審權人，其他依刑事訴訟法之規定賦與當事人以外之人得聲請再審之權者，謂得行使再審權之人，二者在觀念上有所區別。受判決人得為自己之利益聲請再審，應解為憲法所保障之訴訟權，方能維護受判決人受憲法所保障之人身自由，並受憲法第八條第一項所定正當法律程序之保護。國家安全法第九條第二款規定戒嚴時期戒嚴地域內經軍事審判機關審判之非現役軍人刑事案件，其刑事裁判已確定者，於解嚴後不得向該管法院上訴或抗告。但有再審或非常上訴之原因者仍得依法聲請再審或非常上訴。本院釋字第二七二號解釋即以動員戡亂時期國家安全法（即現行國家安全法）第九條第二款前段規定係基於長期間戒嚴之特殊情況，並謀裁判之安定而設，亦為維持社會秩序所必要，且對有再審或非常上訴原因者，仍許依法聲請再審或非常上訴，已能兼顧人民權利云云，認與憲法尚無牴觸。觀此情形，為維護受判決人受憲法所保障之人身自由，保留其聲請再審之訴訟權，較諸上訴權或抗告權，更為重要，不得遽予剝奪。

其次，關於基本權之核心內容如何，原係因解釋德意志聯邦共和國基本法第十九條第二項規定：在任何情形下，基本權之實質內容不受侵犯。所謂實質內容是否指基本權有不可侵犯之核心內容而言？發生之疑義。關此，於德國學說已有爭論，實務上之見解亦非一致。至於我國憲法則定有第二十三條法律保留原則及比例原則可資適用，無端參與論爭，初無必要，且訴訟權之核心內容，如泛指保障人民有向司法機關提起訴訟，獲得公平審判之權利而言，其定義亦難期周延。

蓋民事再審之訴，有別於前訴訟之獨立訴訟標的，一為請求廢棄確定之終局判決，為訴訟上之形成之訴；一為再開已依確定終局判決終結之訴訟程序，即民事訴訟法第五百零三條規定之本案訴訟。查具有法定再審事由之確定判決既有民事訴訟法第四百九十六條第一項所定各款及第四百九十七條規定之情形，其認定事實或適用法規顯有錯誤，再審原告之權利不能不謂因確定判決而受侵害。再審程序即係為此賦與再審原告為非常救濟之訴訟權。故再審原告提起再審之訴，符合上開訴訟權之所謂核心內容：「保障人民有向司法機關提起訴訟，獲得公平審判之權利。」果爾，司法院大法官審理案件法第二十九條規定：「對於憲法法庭之裁判，不得聲明不服。」類此禁止提起再審之訴之規定，因與核心內容牴觸，概屬違反憲法第十六條之規定而應歸無效矣。倘謂：為維持判決之確定力及法安定性，得限制訴訟權，禁止再審原告提起再審之訴云云，則所謂訴訟權之核心內容，非法律所能變更一節，已不攻自破，上揭訴訟權核心內容之定義，即難成立。若云：訴訟權應具有最低限度保護之核心內容，則惟「有權利即有救濟」之抽象原則是已，至於如何限制，當以憲法第二十三條規定之比例原則為衡，由立法機關斟酌至當，定為制度，以資保障。

本解釋文指受懲戒處分人得聲請再審議為公務員訴訟上之權利而諱言為憲法第十六條之訴訟權，就訴訟權之意義如何，多所瞻顧，爰提出協同意見書如上。

### 抄齊 0 錚聲請書

受文者：司法院（大法官會議）

主旨：聲請人齊 0 錚辦理台北都會區大眾捷運系統淡水線 C301 標電聯車採購案違法失職案件，公務員懲戒委員會八十三年度再審字第四二三號及第四四三號議決，適用公務員懲戒法第三十三條及第三十四條，不當侵害聲請人聲請再審議之權利，牴觸憲法第十六條保障人民訴訟權及第十八條保障人民服公職權利之宗旨。尚祈鈞院大法官會議根據憲法予以明確解釋，以保障人民基本權利。

說明：

壹、聲請解釋之依據

根據司法院大法官會議審理案件法第五條第一項第二款規定聲請解釋。

貳、爭議之經過

聲請人係台北市捷運工程局前局長，因於民國（下同）七十七年間辦理台北都會區大眾捷運系統淡水線 C301 標電聯車採購案，經監察院認聲請人有十一項違失而彈劾聲請人，並於八十一年十一月十日以(81)監台院機字第二四四〇號函移送聲請人至鈞院公務員懲戒委員會（以下簡稱「公懲會」）。嗣公懲會於八十二年五月十四日做成其八十二年度鑑字第七〇二三號議決，認定聲請人有監察院所指十一項缺失中之五項缺失，而對聲請人做成撤職並停止任用二年之議決。實際上，公懲會所認定之五項缺失中，有一項並非監察院之彈劾事項，就此一事項，公懲會未經調查即逕為議決，聲請人因而只有一次答辯說明之機會，而從未獲得再審議，嚴重侵害聲請人之訴訟權（本案之事實經過請參見附件一事實摘要）。聲請人嗣於八十二年五月二十八日對公懲會前引議決，聲請再審議。公懲會於八十二年十一月二十二日，做成其八十二年度再審字第四一六號議決，以聲請人之再審議聲請為無理由或不合法，駁回聲請人之再審議聲請。聲請人嗣對前引公懲會再審字第四一六號議決，於八十三年元月四日聲請再審議，經公懲會於八十三年一月十七日做成其八十三年度再審字第四二三號議決，以聲請人之再審議聲請為不合法而駁回。針對此一議決，聲請人於八十三年二月八日復為再審議聲請，公懲會復於八十三年二月二十八日以八十三年度再審字第四二九號議決，認定聲請人之再審議聲請為不合法而駁回之；就此議決，聲請人復於八十三年三月三十日聲請再審議，公懲會復於八十三年五月三日以八十三年度再審字第四四三號議決，仍以相同理由駁回聲請人之再審議聲請。聲請人已於八十三年五月二十日聲請再審議在案。按前

引公懲會第四二三號議決認聲請人之再審議聲請不合法之理由，係認現行公務員懲戒法所定之再審議程序，係對懲戒案件原議決所設之救濟程序，至於駁回再審之議決，並無對之亦得聲請再審議的規定，公懲會認為「此觀該法第三十三條、第三十四條及第三十五條等規定可知」（見八十三年度再審字第四二三號議決書第一頁理由項第六行）；而於前引第四四三號議決中，公懲會復持相同見解（見八十三年度再審字第四四三號議決書第一頁理由項第一行），惟自始至終公懲會並未說明如此認定之理由為何，亦忽視其議決事項中有未經調查即逕為議決者，即率然一再駁回聲請人之再審議聲請。

參、聲請解釋憲法之條文及目的

一、聲請解釋憲法之條文及目的

懇請依據憲法第十六條規定「人民有請願、訴願及訴訟之權」宗旨，解釋現行公務員懲戒法第三十三條及第三十四條之規定，不當限制依公務員懲戒法受懲戒之公務員，就公懲會再審議議決聲請再審議之權利，已牴觸憲法第十六條規定宗旨，並進而侵犯憲法第十八條人民有服公職之權利。

二、理由

(一)依 鈞院大法官會議釋字第一六二號解釋，公務員懲戒委員會委員就公務員懲戒案件，依據法律獨立行使審議之職權，不受任何干涉，依憲法第七十七條、第八十條規定，均應認係憲法上之法官，而目前公懲會委員，亦均由曾任法官者擔任。又依鈞院大法官會議釋字第二四三號解釋，中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所為之免職處分，直接影響公務員憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權。且現行公務員懲戒法第二十九條就審議程序關於迴避、送達、期日、期間、人證、通譯、鑑定及勘驗，有準用

刑事訴訟法之規定。綜上所述，可知現行公務員懲戒制度具備爭訟之性質，應屬憲法第十六條所謂訴訟之範圍，殆無疑義。又公懲會一再以不合法為理由駁回聲請人之再審議聲請，本案顯已確定。

- (二)依前引 鈞院大法官會議第二四三號解釋之意旨，被免職之公務員得循訴願、再訴願及行政訴訟之爭議程序，尋求救濟。換言之，依此號解釋，受免職處分之公務員，有三重之救濟機會。受公懲會依公務員懲戒法第九條第一項第一款為撤職處分之公務員，其依憲法享有服公職之權利所受影響，與受免職處分時，並無二致，衡情論理，亦應享有三重之救濟機會。惟現行之公務員懲戒法所設再審議程序，就對再審議議決能否聲請再審議乙節，未為明確訂定，致聲請人得依法提起救濟之權利遭受侵害。就此而論，公務員懲戒法第三十三條及三十四條之規定，應已牴觸憲法第十六條規定意旨。聲請人既無從依法對撤職之處分提出救濟，從而聲請人依憲法第十八條享有服公職之權利，亦因此同受侵害。

#### 肆、附件

- 一：本案事實摘要。
- 二：公懲會八十三年度再審字第四二三號議決書影本乙份。
- 三：公懲會八十三年度再審字第四四三號議決書影本乙份。

聲請人 齊 0 錚

中 華 民 國 八 十 三 年 六 月 七 日

#### 附件（二）

公務員懲戒委員會議決書 八十三年度再審字第四二三號  
再審議聲請人 齊 0 錚 台北市政府捷運局前局長  
(住略)

上再審議聲請人因違法失職案件對於本會議決聲請再審議，本會議決

如下

主 文

再審議之聲請駁回

理 由

按依公務員懲戒法第三十三條第一項第一款，適用法規顯有錯誤者，聲請再審議，依同法第三十四條第一款規定，應自原議決書送達之日起三十日內為之，本件再審議聲請人齊○錚於八十二年五月廿二日，收受本會鑑字第七〇二三號議決書，有送達證書附卷可稽，茲於八十三年元月四日，以上開議決適用法規顯有錯誤為理由，聲請再審議前來，揆諸首開法文規定，於法顯有不合。

次按公務員懲戒法所定之再審議程序，係對懲戒案件原議決所設之救濟程序，至於對駁回再審議之議決，依法尚無對之亦得聲請再審議之規定，此觀該法第三十三條、第三十四條及第三十五條等規定可知，本件再審議聲請人齊○錚，以適用法規顯有錯誤為理由，對本會八十二年十一月廿二日駁回再審之議決（八十二年再審字第四一六號），提起再審議，亦不合法，自應駁回。

據上論結，本件聲請顯不合法，應予駁回，爰依公務員懲戒法第三十八條第一項前段議決如主文。

中 華 民 國 八 十 三 年 六 月 十 七 日

附件（三）

公務員懲戒委員會議決書

八十三年度再審字第四四三號

再審議聲請人 齊○錚 台北市政府捷運局前局長

（住略）

上再審議聲請人因違法失職案件對於本會議決聲請再審議，本會議決如下：

主 文

再審議之聲請駁回

理 由

查對於駁回再審議之議決，現行公務員懲戒法，並無准許再審議之規

定，本件再審議聲請人對本會八十三年度再審字第四二九、四二三號、八十二年度再審字第四一六號駁回再審議之議決，聲請再審議，按諸首揭說明，於法顯難謂合。次按依公務員懲戒法第三十三條第一項第一款「適用法規顯有錯誤」、第六款「就足以影響原議決之重要證據，漏未斟酌」為由聲請再審議者，自原議決書送達之日起三十日內為之，同法第三十四條第一款定有明文。本會八十二年度鑑字第七〇二三號原議決書，前經聲請人於八十二年五月二十三日簽收在案，有送達證書附卷可稽，乃再審議聲請人於八十三年三月三十日聲請再審議，其已逾法定不變期間，至屬明顯，本件再審議之聲請為不合法，應併予駁回。

據上論結，本件再審議之聲請為不合法，應予駁回。爰依公務員懲戒法第三十八條第一項前段議決如主文。

中 華 民 國 八 十 三 年 五 月 二 日  
（本聲請書附件一略）

#### 抄齊 0 鈔第四次補充理由書

受文者：司法院（大法官會議）

主 旨：就公務員懲戒法有關再審議聲請之規定，違反憲法第十六條保障人民訴訟權意旨之釋憲聲請案，再提出補充理由如說明，並請解釋法條疑義。敬請查照惠予考量。

說 明：

- 一、按聲請人係於民國（下同）八十三年六月七日向 鈞院提出旨述之聲請案，並於同年八月二十三日、八十四年六月六日及八十四年七月十三日提出補充理由如次。
- 二、按公務員懲戒委員會（下稱「公懲會」）駁回聲請人就該會八十二年鑑字第七〇二三號議決及其後歷次再審議議決所為再審議聲請之再審議議決，及駁回聲請人就該會八十三年鑑字第七四五五號議決及其後歷次再審議議決所為再審議聲請之再審議議決，均以「就公務員懲戒法再審議之聲請，僅能對作成懲戒或不為懲戒之議決而為之，不得對再審議議決提

出再審議之聲請」為理由，惟公懲會除提出其以往不具法律效力之案例外，並未提出任何足以支持其見解之法律依據。實際上，公懲會不僅於本案如此，於聲請人辦理木柵線遭懲戒乙案，公懲會亦以相同之理由駁回聲請人之再審議聲請。按於木柵線懲戒案，公懲會於其第一次做成之八十三年度鑑字第七四五五號議決中，並未說明做成議決之理由及證據，經聲請人提出再審議聲請指摘，公懲會對聲請人之再審議聲請則以八十四年度再審字第五三五號議決駁回，在此號議決中始說明證據與理由，聲請人隨即提出再審議聲請對公懲會之理由及證據加以說明，公懲會則以八十四年度再審字第五四八號議決駁回之，之後聲請人曾三次聲請再審議，均遭公懲會駁回，其理由亦與前述淡水線案者所持者相同。

三、綜合公懲會駁回聲請人歷次就前述二懲戒案所為再審議聲請之理由，有以下違憲之虞：

- (一)公懲會一再認為公務員懲戒法第三十三條及第三十四條所稱之原議決僅指懲戒案件之第一次議決，若公懲會所稱屬實，則公務員對違法之再審議議決即無救濟之機會，按公懲會若僅於個別案件中表示此種見解，尚可認為係適用法律錯誤之問題，惟公懲會先後一再以之為審議之依據，已形成一種規範，即普遍影響公務員依公務員懲戒法聲請再審議之權利，發生限制人民憲法上訴訟權行使之問題，違反憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨，就此部分，聲請人將再進一步申論於後。
- (二)公懲會曾多次以案例支持其上述見解（請參見附件一、公懲會八十三年度再審字第四七一號議決），惟公懲會之案例並非法律，而依憲法第二十三條規定之意旨，限制人民之權利應以法律為之，而公懲會以案例限制聲請人聲請再審議之權利，實違反憲法第二十三條之規範意旨；
- (三)公懲會對聲請人所提出之新證據一律不加審酌，並認所謂新證據必係於懲戒案議決做成之前已經存在者方足當之。惟公務員懲戒法第三十三條第一項第五款對新證據並無如

此之限制；若該款所謂新證據確係有如此之限制，則該款規定亦違反憲法第十六條之意旨；

(四)公懲會執以懲戒聲請人之理由，多係子虛烏有，如公懲會以聲請人未將行政院指示刊登公告為理由，惟行政院從未指示必需刊登公告，公懲會指摘聲請人違反合約，易地檢測，惟捷運局檢測均符合合約規定，並無易地檢測，且公懲會從未指出究竟違反合約何一條款；又公懲會以內湖線之造價較木柵線低，指摘聲請人預算編列不當，惟公懲會所引之內湖線數據，係誤將木柵民權東路延伸線全長九．一公里預算造價，引用於木柵內湖路延伸線全長十三．一公里，以致計算錯誤；又內湖線根本尚未定案，公懲會卻執之指摘聲請人將中運量系統變更為高運量系統為不當。由上舉諸例可知，公懲會於審查案件之際，根本不依證據認定事實，而對聲請人之後之再審議聲請，不斷以程序之理由駁回，實已不當限制人民之訴訟權。

(五)按目前負責公務員懲戒事項者惟公懲會一機關，而公懲會並無如普通法院般分設不同法庭，故於處理懲戒案件時，均由相同之委員處理。因此，受公懲會懲戒之公務員若不服而聲請再審議，其再審議聲請仍由相同之委員處理，如此將使再審議之制度無從發揮其應有之功能。整個公務員懲戒制度之設計，根本無從保障公務員之權利，此亦違反憲法保障人民權利之宗旨。

四、鈞院吳大法官庚於其就 鈞院釋字第三六八號解釋所提出之協同意見書中，對人民之訴訟權有精闢之分析，茲引述如下：

- (一)凡憲法所保障之權利，遭受公權力或第三人之不法侵害，國家均應提供訴訟救濟之途徑，並由司法機關作終局之裁判；
- (二)訴訟救濟途徑係由各級法院構成之審級制度，雖不排除其他先行程序，但至少其最後之審級應屬法院，而所謂法院必須由憲法第八十一條之法官所組成始足相當；

(三)法院所踐行之程序應符合一般民主法治國家所遵循之原則，諸如審判獨立、公開審理、言詞辯論等。訴訟程序應以法律作明確之規定。

(四)訴訟過程中之實際運作，不得違反法定程序，且實際之運作不得受法律以外之成文或不成文例規支配，致審級制度喪失功能，人民無法享有公平審判之權益或訴訟程序全程終了，仍無從獲得有效救濟，亦與憲法第十六條保障訴訟權之意旨有違。

準此，公懲會對聲請人就淡水線聯車案及木柵線所為之懲戒有以下違憲之處：

(一)聲請人遭公懲會分別為撤職二年及六個月之懲戒，惟於淡水線案公懲會於再審議議決中始提出未將行政院之指示刊登於招標公告之懲戒理由，聲請人根本無從提出答辯；而於木柵線案，公懲會於第一次議決中未敘述理由及證據，於再審議議決中才予說明，聲請人先前亦無機會提出答辯；嗣後公懲會均以公務員懲戒法所定之再審議僅能對懲戒案件之原議決提出為理由駁回聲請人之再審議聲請，使聲請人對公懲會嗣後所提之理由無從加以辯解，使聲請人之權利遭受侵害而無從救濟，有違憲法第十六條之規範意旨；

(二)公懲會委員固有由法官轉任者，但亦有由非法官擔任者，則公懲會委員是否可認為係憲法第八十一條之法官即不無疑問，則公懲會即與法院顯不相當，聲請人接受法院最後審查之機會即被剝奪，聲請人之訴訟權亦同受侵害；

(三)公懲會以非監察院彈劾事項之未刊登公告為懲戒聲請人之理由，違反不告不理之原則；對聲請人所提之新舊證據均未審酌，違反法院應職權調查證據之原則；對聲請人一再要求到場說明，公懲會亦不予理會，違反言詞辯論之原則。上列諸端，可顯示公懲會所踐行之程序與一般民主法治國家之原則有違。

(四)公懲會屢次援引其案例支持其見解，惟其案例並非法律，

公懲會援引其案例使聲請人之無從獲得有效救濟，應違背憲法保障人民訴訟權之宗旨。

鈞院翁大法官岳生於其所著論文「行政訴訟制度現代化之研究」中表示：「『有權利，必有救濟』（ubi ius ibi remedium），凡權利受侵害時應有法律救濟之方法，此為權利之本質。現代法治國家之所謂救濟方法（Rechtsweg），是指請求法院救濟之途徑，亦即人民之訴訟權。」如前所述，在現行公務員懲戒制度下，聲請人請求法院救濟之途徑顯已被剝奪，現行公務員懲戒法及公務員懲戒制度實違反憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨。

五、檢附聲請人八十四年二月十七日（附件二）、八月二十日（附件三）及八十四年五月二十九日（附件四）致公懲會之聲請狀，供 鈞院參考。

六、前述理由，尚祈 鈞院惠予考量。

聲請人齊 0 錚

中 華 民 國 八 十 四 年 九 月 四 日

附件（一）

公務員懲戒委員會議決書 八十三年度再審字第四七一號

再審議聲請人 齊 0 錚 台北市政府捷運局前局長

（住略）

上再審議聲請人因違法失職案件對於本會中華民國八十二年五月十四日鑑字第七 0 二三號議決聲請再審議，本會議決如下

主 文

再審議之聲請駁回。

理 由

再審議聲請人齊 0 錚（下簡稱聲請人）係台北市政府捷運工程局前局長，於任職期間，因違法失職被監察院提案彈劾，經本會以民國八十二年度鑑字第七 0 二三號議決撤職並停止任用二年之處分。嗣據聲請人先後五次聲請再審議，復經本會以民國八十二年度再審字第四一六

號，八十三年度再審字第四二三號，同年度再審字第四二九號、第四四三號及第四四八號議決駁回其再審議之聲請在案。茲聲請人以上開各議決有適用法規顯有錯誤及證據漏未斟酌之情形，復對之聲請再審議，（見再審議聲請狀求為議決之聲請事項載）惟依公務員懲戒法第三十三條第一項各款規定聲請再審議，須對原議決為之，而所謂原議決係指本會對於被付懲戒人為懲戒處分或不為懲戒處分之議決而言，並不包括駁回再審議之議決在內，故對於駁回再審議之議決，不得聲請再審議，迭經本會著有案例。乃聲請人又對上開本會駁回其再審議聲請之議決，聲請再審議，依上說明，自不合法，應該駁回。查本案原議決書（本會八十二年鑑字第七〇二三號議決書），於八十二年五月二十二日送達聲請人收受，有送達證書存卷可稽，迄此次聲請人於八十三年七月七日就該原議決聲請再審議，早已逾公務員懲戒法第三十四條第一款所定三十日之法定期間，為法之所不許，仍應予以駁回。

據上論結，聲請人齊〇錚再審議之聲請，為不合法，應予駁回。爰依公務員懲戒法第三十八條第一項前段議決如主文。

中華民國八十三年七月二十五日  
（聲請人所提補充理由書一、二、三、五及本補充理由書其餘附件均略）

# 司法院釋字第三九六號解釋

中華民國 85 年 2 月 2 日

院台大二字第 03004 號

## 解 釋 文

憲法第十六條規定人民有訴訟之權，惟保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。公務員因公法上職務關係而有違法失職之行為，應受懲戒處分者，憲法明定為司法權之範圍；公務員懲戒委員會對懲戒案件之議決，公務員懲戒法雖規定為終局之決定，然尚不得因其未設通常上訴救濟制度，即謂與憲法第十六條有所違背。懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。有關機關應就公務員懲戒機關之組織、名稱與懲戒程序，併予檢討修正。

## 解釋理由書

憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨不符。本院釋字第二四三號解釋所謂有權利即有救濟之法理，即在指明人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪。保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。公務員因公法上職務關係而有違法失職之行為，應受懲戒處分者，憲法明定為司法權之範圍；公務員懲戒委員會對懲戒案件之議決，公務員懲戒法雖規定為終局之決定，然尚不得因其未設通常上訴救濟制度，即謂與憲法第十六條有所違背。

憲法所稱之司法機關，就其狹義而言，係指司法院及法院（包括

法庭)，而行使此項司法權之人員為大法官與法官。公務員懲戒委員會掌理公務員之懲戒事項，屬於司法權之行使，並由憲法上之法官為之。惟懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，包括組織與名稱，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。有關機關應就公務員懲戒機關之組織、名稱與懲戒程序，併予檢討修正。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

#### 抄許 0 仲聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五、七條第一項第二款及第八條第一、二項之規定，聲請解釋憲法，統一解釋法律，並將有關事項敘明如下。

一、聲請統一解釋法律、解釋憲法之目的。本案請求解釋宣告之項目及內容如下。

(一)請求解釋宣告。公務員懲戒法因未規定審級救濟，當事人之訴訟權不完整，牴觸憲法第十六條關於保障人民訴訟權之意旨而部分無效，應予修正增設審級救濟，在未修法前，大法官解釋意旨對聲請人據以聲請之案件發生效力，應許其向司法院聲請覆審，以謀求救濟，方符「有處分即有救濟」之法理（聲請解釋憲法）。

(二)（本小項之請求，與第（三）小項之請求有牽連關係）。

請求解釋宣告。公務員懲戒法第二十九條規定，審議程序關於前審迴避，準用刑事訴訟法之規定。次查同法第二十七條

第一項規定，公務員懲戒委員會審議案件，應以委員依法任用總額過半數之出席及出席委員過半數之同意議決之。再查公務員懲戒委員會組織法第二條規定，公務員懲戒委員會置委員九人至十五人、簡任，委員長一人，特任，並兼任委員。據此推算，委員十五人加委員長之上限為十六人，過半數即九人以上出席始得審議，十六人減九人為七人，不足審議之法定人數，即委員之法定編制員額不足，事實上不可能分庭踐行前審迴避。懲戒法與組織法之規定互相矛盾，窒礙難行，懲戒法關於準用刑訴法前審迴避之規定形同虛設，當事人之訴訟權不完整。公務員懲戒法第二十七條第一項，及公務員懲戒委員會組織法第二條牴觸憲法第十六條關於保障人民訴訟權之意旨而無效。應予修正增設委員員額，或降低出席委員之人數，期能分庭落實踐行前審迴避。在未修法前，解釋意旨對聲請人據以聲請之案件發生效力，應許其向司法院聲請覆審、以謀求救濟，方符「特殊關係迴避」之法理（聲請解釋憲法）。

(三) (本小項之請求，與第(二)小項之請求有牽連關係)

請求解釋宣告。刑事訴訟法第十七條第八款所稱推事（修法後已改稱法官）曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件曾參與下級審及同級審之前次裁判而言，釋字第一七八號僅限下級審之解釋牴觸憲法第十六條關於保障人民訴訟權之意旨而無效，應予變更為包括同級審之前次裁判（聲請解釋憲法）。

(四) 請求解釋宣告。懲戒處分與不起訴處分及刑事確定裁判所認定之事實相異者，不起訴處分及刑事確定裁判之效力優於懲戒處分，以免代表國家之機關對同一案件之事實之認定發生分歧，當事人無所適從，影響司法機關之威信，大法官解釋意旨對聲請人據以聲請之案件發生效力，應許其依法定程序謀求救濟（聲請統一解釋法律）。

二、原議決審議經過說明（據以聲請之案件）及涉及之憲法法律條文。

(一) 聲請人曾為台 0 縣警察局 0 0 分局刑事組長。緣於民國七十八

年十一月二十一日，00市發生楊0田一家三口被殺害滅門血案（以下簡稱滅門血案），旋於七十九年五月間循線先後查獲嫌犯魏0成、陳0鵬、陳0雄、邱0嘉等四人，移送台中地方法院檢察署（以下簡稱台中地檢署）檢察官諭令羈押並偵查終結提起公訴，歷經三審及更審判決均判無罪確定。其間另由台北市政府警察局刑事警察大隊（以下簡稱北市刑大）循線查獲被告管0演等涉嫌，亦經移送台北地檢署偵結起訴審理。遂變成一案雙破。

- (二)監察院於八十二年九月八日以00分局前分局長柳0輝，刑事組長許0仲（即聲請人）未盡督導之責，致所屬員警濫用職權刑求逼供，且辦案草率，怠忽職守，顯有違法失職之嫌，提案彈劾。至涉嫌刑求之同分局刑事組小隊長張0銓、楊0雄、偵查員蔡0侗、陳0霖、李0峰、張簡0華、周0福等七員則另行移送檢察機關依法偵辦，俟查明涉案情形，再行追究行政責任（附件一、彈劾案文八十二年度劾字第五號）。監察院認定實施刑求者有張0銓、楊0雄、蔡0侗、陳0霖、李0峰、張簡0華、周0福等七員（分局長柳0輝、刑事組長許0仲則為督導不周之連帶責任），刑求之時間則有七十九年五月二十五日、六月十五日、六月五日、及八月一日等四次。刑求之地點則為00分局刑事組指紋室或五樓禮堂。以下簡稱「七員刑求，四人被刑求，四次刑求，分局內刑求」。
- (三)彈劾案在公務員懲戒委員會（以下簡稱公懲會）議決前，業經台中地檢署檢察官於八十二年十二月二十三日偵結，僅將張0銓一員以涉嫌於六月四日（彈劾案記載為六月五日）將陳0雄一人借提赴屏東等地查證時實施刑求提起公訴。至楊0雄、蔡0侗、陳0霖、李0峰、張簡0華、周0福等六員則以證據不足之理由均予不起訴處分確定。以下簡稱「一員刑求，一人被刑求，一次刑求，分局外刑求」。

至監察院認定之魏0成、陳0鵬、邱0嘉等三人被刑求，及五月二十五日、六月十五日、八月一日等三次刑求，以及在00分局刑事組指紋室、五樓禮堂等地點刑求等情形，則均未

被檢察官採認為事實。按分局外刑求，督導權責人員管不到，連帶責任較輕，關係重要。（附件二、三。八十二年度偵字第一七五七八號起訴書及不起訴處分書）。

- (四)「七員刑求，四人被刑求，四次刑求，分局內刑求」與「一員刑求，一人被刑求，一次刑求，分局外刑求」，情節輕重有別，對連帶處分輕重有直接關係。理應調查明確，斟酌審議。

查檢察官係於八十二年十二月二十三日不起訴處分，公懲會則於八十三年四月十八日議決，其間將近四個月，有充分之時間可以調查。再查監察院係於八十二年九月八日提案彈劾，公懲會議決，已過七個月之久，明知涉嫌刑求之刑警另案移送檢察機關，有刑懲併行互動之關係，亦應查明檢察機關是否偵結？偵結情形如何？據以斟酌審議（應否處分，及處分之輕重），方符公務員懲戒法（以下簡稱公懲法）「刑懲併行」之意旨。公懲會未依職權自行調查（公懲法第二十一條），亦未通知被付懲戒人到場申辯（公懲法第二十條第一項），未盡調查之能事（刑訴法第一百六十三條第一項），僅將彈劾案文所認定之「七員刑求，四人被刑求，四次刑求，在分局內刑求」等事實照單全收，照案執行，採為議決所憑之事實，而將聲請人處以撤職並停止任用二年之最嚴重處分，未見自行調查審議，宛如監察院之執行局。尤有甚者，在議決前楊O雄等六員已獲不起訴處分確定，狀況已有變化（縮減為一員刑求，一人被刑求，一次刑求，分局外刑求），對連帶處分之輕重有直接關係之事實，應調查並能調查而不調查，未經斟酌，認定事實有重大瑕疵，如係刑事訴訟，其判決當然違背法令，得為法律審之上訴理由（附件四、八十三年度鑑字第七二九一號議決書）。

- (五)公懲法未規定審級救濟，而該法第五章所謂「再審議」，相當於民刑訴訟及軍事審判之再審，係屬確定後之非常救濟程序，與審級之常態救濟程序有別。

經依公懲法第三十三條第一項第六款「就足以影響原議決之重要證據，漏未斟酌者」聲請再審議，並以不起訴處分書為

附件，指摘監察院彈劾案文所認定之「七員刑求，四人被刑求，四次刑求，分局內刑求」等情節，業經檢察官偵結，分別起訴與不起訴，認定為「一員刑求，一人被刑求，一次刑，分局外刑求」，案情縮減，狀況已有變化。而不起訴處分在議決之前，原議決對此足以影響連帶處分輕重之重要證據漏未調查斟酌，顯有違誤，請予斟酌，重新審議。

公懲會復於八十三年七月二十五日議決「再審議之聲請駁回」。對該項不起訴處分書則僅以：「對聲請人不起訴處分，僅足證明聲請人被訴刑事部分罪嫌不足，並非可以之為魏〇成等遭受刑求事實所生之行政責任，監督長官全可免責，該不起訴處分應非足以影響原議決之重要證據」，一語帶過。殊不知聲請人係被監察院認定為應負督導不週之連帶責任而提案彈劾，並未被認定為參與刑求而連同涉嫌員警併案移送檢察機關，檢察官之所以對聲請人偵查並作出不起訴處分，係基於案件不可分而依職權併案偵查處分，因此，聲請人之獲不起訴處分，係預料中之事，並不意外，亦無特殊意義。聲請人之所以提出不起訴處分書，聲請再審議，旨在說明監察院提案彈劾所認定，亦為公懲會按照彈劾原案所認定之「七員刑求，四人被刑求，四次刑求，分局內刑求」，已縮減為「一員刑求，一人被刑求，一次刑求，分局外刑求」，狀況已有變化，原議決所憑以認定事實之基礎已經動搖，對連帶處分輕重之斟酌有直接關係。原議決對此漏未調查斟酌，顯有違誤，因此請求救濟，此方為該項不起訴處分之特殊意義，亦為爭議之關鍵所在。而公懲會對此涉案刑警楊〇雄、蔡〇侗、陳〇霖、李〇峰、張簡〇華、周〇福等六員已獲不起訴處分確定之關鍵爭議，避重就輕，避而不提，仍然不予斟酌審議，維持原議決，認事量罰有重大瑕疵，如係刑事訴訟，其判決當然違背法令，得為法律審之上訴理由。

探求公懲會之真意，似乎抱持「懲戒獨立」「刑懲併行」，暗示懲戒處分之效力優於不起訴處分，對檢察官之不起訴處分，不予承認，不予理會，不受拘束。結果同為國家機

關，各自為政，各行其是，處分相異，苦了當事人（附件六、再審議議決書八十三年度再審字第四七二號）。

- (六)查原議決有十位委員參與審議，再審議則有十一位委員參與審議（含委員長）。經比較發現，其中楊大器、胡光華、金經昌、王文、黃向堅、陳培基、林昌明、鍾惠臣、陶振聲等九位委員既參與原議決之審議，又參與再審議之審議，並未迴避。按公懲法第二十九條有準用刑訴法「前審迴避」之規定。

復查七十一年十二月三十一日釋字第一七八號解釋謂刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）第十七條第八款所稱「前審迴避」係指曾參與下級審之裁判而言。換言之，同級審之前次裁判則無庸迴避。據此，上述九位委員未行迴避，固難指為違背法令。然查迴避制度之目的，旨在避免承審法官固執定見，甚至固執成見偏見，而影響客觀公正之判斷。如謂曾參與下級審有固執定見（成見、偏見）之虞，而曾參與同級審之前次裁判者，即無固執定見（成見、偏見）之虞，無庸迴避，則雙重標準，邏輯不通，法理不順，人民依憲法第十六條享有之訴訟權不完整，難謂正當。是該一七八號解釋本身雙重標準、法理不通，牴觸憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨而無效，應予變更解釋為包括同級審之前次裁判，方屬合憲。解釋既經變更，則九位委員未行迴避，即失去解釋依據，難謂合法，因此有牽連關係。

- (七)張○銓一員於八十三年七月二十八日經台中地方法院判決無罪，但經檢察官上訴，尚未確定（附件七，台中地院刑事判決八十三年度訴字第一〇六號）。
- (八)現況檢討。被監察院認定為參與刑求而移送檢察機關依法偵辦之楊○雄、蔡○侗、陳○霖、李○峰、張簡○華、周○福等六員，皆未受停職處分，旋經檢察官不起訴處分確定，全員始終照常上班辦案領薪，未受任何影響。至張○銓一員，雖被起訴，因與停職要件不符，亦未受停職處分，現在一審獲判無罪，更不必停職，始終照常上班辦案領薪，亦未受任何影響。被指為刑求者全員無事，已無責任可以連帶，被指對其應負督

導不週之連帶責任者，卻受撤職並停止任用二年之最嚴重處分，喪失公職，失去工作，兩相比較，是非輕重顯失平衡，造成奇特之現象。

(九)現在救濟之途徑已窮。發現聲請人未享有「審級救濟」「前審迴避」「言詞辯論」「律師辯護」等等民主法治先進國家普遍認為理所當然應享有之訴訟權，即所謂「程序正義」。深感懲戒現制救濟程序不完整，存有種種重大之缺陷，顯然牴觸憲法第十六條關於保障人民訴訟權之意旨。爰依法聲請大法官解釋憲法及統一解釋法律，其目的，一來請求解釋之意旨對聲請人據以聲請之案件發生效力，並宣示方法，以謀求救濟，獲得實益。二來請求宣告違憲之法律應予修正，以免未來涉案之公務員再蹈覆轍，並藉此建立憲法保障人權之公信力。

(十)請求保障何種權利。

按憲法第十八條規定：「人民有應考試，服公職之權」。

聲請人於民國七十年畢業於中央警官學校，同（七〇）年應七十年特種考試警察人員考試乙等考試行政警察人員考試及格（相當於高考），並依此資格任用為巡官、所長、組長等公職（組長職務審定為警正四階一級），即係享有憲法第十八條保障之權。

而此應考試服公職之權，受國家機關判定減損時，則應享有憲法第十六條保障之訴訟權，而此訴訟權應該完整，不得殘缺不全，毋庸置疑。其次，憲法既將懲戒權設計納入司法體系，則關於懲戒處分之救濟，即應認為廣義之訴訟權，而受保障。退一步言，如認為懲戒事件本質上為行政事件，懲戒處分本質上為行政處分，則依憲法第十六條亦享有訴願權。訴訟權也好，訴願權也罷，均受憲法第十六條之保障，毋庸置疑。

本案聲請解釋之目的，正是尋求憲法第十六、十八條之保障，質言之，尋求「程序正義」。（附件八警察乙等特考及格證書，附件九銓敘合格通知函）。

(十一)為便於瞭解案情，並作比較研判，再製表說明如下，請參閱。  
（附表一略）

### 三、聲請解釋憲法、統一解釋法律所持之立場，及理由與見解。

#### (一)關於審級救濟。

##### 1. 所持之立場。

凡國家對人民（含特別權力關係）之任何處分，均應有審級救濟，懲戒處分亦不例外，否則訴訟權不完整，牴觸憲法第十六條關於保障人民訴訟權之意旨而無效。所持立場分別陳述如下。

- (1)聲請人受懲戒處分，因公懲法採一級一審制，一經議決，即行確定，即時執行，未享有審級利益。雖曾修正增設「再審議」，但屬確定後之非常救濟程序，要件嚴格，層層設限，例外救濟，與審級之為確定前常態救濟程序，反覆前審之審判（覆審），幾無設限者有別。未享有審級利益，訴訟權不完整，認為牴觸憲法第十六條關於保障人民訴訟權之意旨，爰依法聲請釋憲，宣告應予修法增設，以謀求救濟。

公懲會一經議決，即行確定，不得覆議（無審級），即時執行撤職，宛如法院一審判決死刑，即行確定，不得上訴，即時執行槍決同樣之不合法理，牴觸憲法，道理簡單，無庸贅述。

- (2)審級之意義。為避免冗長，摘印文化大學發行法學論集內「法院審級制度研究」，及蔡墩銘教授著，刑事訴訟法論內「上訴制度」二文，作為聲請之理由依據，請參閱（附件十、十一）。
- (3)關於解釋之效力。

釋字第一七七號第二項解釋謂：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」。其理由更詳細說明：「人民聲請解釋，經解釋之結果，於聲請人有利益者，為符合司法院大法官會議法第四條第一項第二款，許可人民聲請解釋之規定，該解釋之效力應及於聲請人據以聲請之案件，聲請人得依法定程序請求救濟」。此項解釋使大法官會議之功能不侷限於解決憲法上之爭

議，亦擔負起保障人民權利之職責，發揮司法之主要作用，頗有重大意義（引用大法官翁岳生先生論著「近年來司法院大法官會議解釋之研討 - 有關人民權利之保障」原文）（附件十二）。

另有釋字第一八五，一八八等號解釋可資參閱。聲請人之立場，依據釋字第一七七號第二項解釋，請求宣告本案解釋意旨對聲請人據以聲請之案件發生效力，應許其依合憲程序謀求救濟。

(4)關於終審機關之指定。

公懲法採一級一審制，事實上無級可審，只有請求另行指定終審機關。按憲法第七十七條規定：「司法院為國家最高司法機關，掌理 及公務員之懲戒」。司法院既為國家最高司法機關，則在修法增設審級前，將司法院法院化，而以司法院為終審機關，順理成章，合憲可行。因此請求指定司法院為終審機關，擔任覆審。

2.關於未設審級為違憲之理由與見解（由各種角度探究問題）。

(1)探求憲法之法源 - 制憲者之意旨。

甲、抗戰勝利後，政府為制定憲法，實施憲政，召開「政治協商會議」，研擬修改「五五憲草原則」事宜，於民國三十五年一月三十一日通過「政治協商會議憲草修改原則」。其中關於人民之權利義務明示：「凡民主國家人民應享之自由及權利，均應受憲法之保障，不受非法之侵犯」。其意思按照民主國家之標準保障人民之自由及權利，旋經制憲國大無異議通過，完成制憲，公佈施行，是為制憲者之意旨，憲法之法源。摘印「中國制憲史資料彙編」一書，請參閱（附件十三）。

乙、制憲者既明示按照民主國家之標準保障人民之自由及權利，則民主國家之標準如何，應予深入探求釐清。以事實印證立憲者之意旨，並確認憲法之法源，藉以

判定公懲法未規定審級，構成違憲。

(甲)聯合國及其附屬機構四個重要人權法典。

A.聯合國憲章。

有關人權條款共計七條。

B.世界人權宣言（聯合國大會於一九四八年十二月十日通過）。

a.第十條：「人人於其權利與義務受判定時…  
…有權享受獨立無私法庭之絕對平等不偏且  
公開之聽審。」

b.第十一條：「凡受刑事控告者……審判時並  
須予以答辯所需之一切保障」。

C.公民及政治權利國際盟約（一九七六年三月二十六日生效）。

a.第二條：

「確保任何人所享本盟約之權利或自由  
如遭受侵害，均獲有效之救濟。」

「確保上項救濟聲請人之救濟權利，由  
主管司法，行政或立法當局裁定，或由該國  
法律制度規定之其他主管當局裁定，並推廣  
司法救濟之機會」。

b.第十四條：「任何人……或因其權利義務涉  
訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管  
轄法庭公正公開審問。」

「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依  
法覆判其有罪判決及所科刑罰。」

D.公民及政治權利國際盟約任擇議決書（一九七六年三月二十六日生效）。第二條：「凡聲稱其在盟約規定下之任何權利遭受侵害之個人，如對可以運用之國內救濟辦法，悉已採用無遺，得向人權事宜委員會書面提出聲請，由委員會審查」。

該項議決書我國曾簽署，但因退出聯合國，未及批准完成加盟，故對我國人民不生效力。但我國一貫立場，身為國際社會之一員，對聯合國及其附屬機構之各項宣言盟約等，仍予應有之尊重，並儘量配合採納改正。

上開列舉之憲章，宣言、盟約，議決書等等條文顯示，或明示應有審級，或應有審級為理所當然，無庸一一明示。綜觀四個人權法典宣言之精神，凡救濟應有審級，至為明顯，亦為我國憲法立憲者按照民主國家之標準保障人民權利之意旨，則毋庸置疑。摘印「國際法上人權與其保障問題」「中華民國憲法逐條釋義第一冊」等二書，請參閱（附件十四、四十）。

(乙)民主國家關於保障人權之立憲例。

以美國為例。

美國聯邦憲法曾二次提到「適當法律程序」：第五修正案規定：「……人民的生命，自由或財產，均不得未經適當法律程序而遭剝奪……」。第十四修正案復規定：「……無論何邦，均不得未經過適當法律程序，即剝奪任何人之生命、自由、或財產……」。此二條款，雖未明示應包括審級，但以其含義之廣泛，解釋之靈活，自當包括審級，理所當然，無庸明示，應無疑義。美國足為民主國家之代表，其憲法所明示或默示之救濟應有審級之意旨，應為我國憲法立憲者所認同接受，而為憲法之法源，蓋立憲者曾明示應以民主國家之標準保障人權故也。摘印「基本人權在美國」一書，請參閱（附件十五）。

(丙)民主國家關於公務員懲戒處分之救濟程序之立法

例。

製表說明如下。

該表摘錄王富茂等合著「法政論叢第二集」第一五五、一五六頁，原表請參（附件十六第四、五頁）。

該表所列，均為民主國家，其懲戒處分均規定有審級救濟，唯獨我國之公懲法付之闕如，有違立憲者明示以民主國家之標準保障人權之意旨（憲法之法源），構成違憲而部分無效。

丙、綜上陳述，聯合國及其附屬機構四個重要人權法典，美國憲法上之適當法律程序，及民主國家關於公務員懲戒處分之救濟程序之立法例等等，在在明示或默示未設審級為侵害人權。因而公懲法未設審級，違背憲法之法源 - 立憲者明示按照民主國家之標準保障人權之意旨，構成違憲而部分無效，至為明顯，爰依法聲請釋憲，以謀求救濟。

(2)我國現行法制關於國家處分之救濟制度之比較研究。

製表說明。（附表三略）

附表三顯示

甲、凡國家機關對人民（含特別權力關係）所為之其他任何處分，均有審級救濟，甚至考績評列乙、丙等之「小事」，亦得依法向上級聲請復審，甚至警察人員受申誡一次之輕微處分，亦有申訴（同級），再申訴（上級）之審級救濟（內政部警政署內規，附件十七）。唯獨公務員懲戒處分無審級救濟，一經議決，即行確定，即時執行，有重大之差別處遇。

其次，同樣喪失公職身分，依考績法所為之免職處分較輕，享有三審救濟，且自確定之日執行（得先行停職），依懲戒法所為之撤職處分較重，卻無審級救濟，一經議決，即行確定，即時執行，形成尖銳之對比，亦有重大之差別處遇。

乙、國家對待一般人民，何等寬厚，對待國家名器之公務員，則何等嚴苛，同為對公務員之懲戒（懲處），考績法何等寬厚，懲戒法則何等嚴苛。有違「誠實信用」「公平正義」「平等處遇」之原則、其為違憲，至為明顯。

考公懲法，係革命建國草創，及抗戰戡亂戒嚴非常時期之產物，為貫徹革命建國至高目標，暫時犧牲公務員應有之權益。解嚴後，一切回歸憲法，如此「惡法」，應予透過釋憲宣告無效，修法改正，以保障人民之訴訟權，確保完整，因此受害之當事人亦得以藉此謀求救濟，本案聲請釋憲之目的在此。

附表二

各國公務人員懲戒制度摘要表			
國別	懲戒種類	審級救濟程序	
		懲戒機關	救濟機關
美國	最重免職	各機關首長	1. 上級及最高級長官 2. 文官委員會 3. 法院
英國	最重免職	各機關首長	直接主管之上級主管
法國	最重免職	受任命權之委任者	行政法院
德國 (西德)	最重免職	1. 所屬長官 2. 聯邦下級行政裁判所	1. 上級及最高級長官 2. 聯邦上級行政裁判所
日本	最重免職	任命權者	人事院

(3) 國內專家學者之意見。

關於公懲法應否增設審級，遍查國內專家之論著，大都持肯定態度，限於時間，及所在地館藏，無法一一搜集齊全，僅就現有資料摘要簡介，請參閱。

王昌華先生（前大法官）：

主張二審制，在公懲會以外，另設「公務員懲戒覆議委員會」（附件十八）。

林紀東先生（前大法官）：

懲戒機關，將為一審制乎？抑另有上訴審？有待於詳密之研究（附件十九）。

胡經明先生：

雖增再審議救濟規定，仍係一審終結…正可加設中央及地方兩級組織審議…（附件二十）。

張鏡影先生：

建議分設地方及中央二級公務員懲戒委員會（附件二十一）。

董翔飛先生：

參酌日本、德國（西德）之立法例，採用覆審制度（附件二十二）。

林榮耀先生：

應有審級救濟（附件二十三）。

陳水逢先生：

並無上訴等救濟方法，尚有研究之餘地（附件二十四）。

上列多位學者之論述顯示，公懲法應增設審級，實為法學界之共識，並非聲請人個人發奇想。

(4) 公懲法研究修正過程中相關機關權責人員之意見。

公懲法於七十四年五月三日總統令修正公布，之前經過研究，提案，修法長達十餘年，其間關於增設審級之發言紀錄摘錄於后（司法院秘書處七十五年六月出版「公務員懲戒制度研究修正資料彙編」。附件二十五 - 一、二、

三、四、十、十一)。

甲、中國國民黨中央政策會於六十三年間協調研議「公懲法修正草案」一案與會人員之意見(附件二十五-一、二)。關於增訂覆議。

(立法委員)

仲委員肇湘等七位：均發言贊成增訂覆議制度。

韓委員同：在公懲中增設組織，專司覆議，才能行之有效。

宋委員述樵：應將現有之懲委會分設一、二、三庭……其覆議改由其他兩庭審理……。

(監察委員)

沈委員榮：支持增訂覆議制度。

(政策委員會委員)

湯委員絢章等四位：覆議制有必要。

涂委員懷瑩：懲戒委員會分庭制度如能採行，較為有用。

乙、司法院法規研究委員會研商「公懲法」修正事宜第五次會議記錄，七十年五月二十八日(附件二十五-三、四)。

陳委員瑞堂發言：「本廳所以提議將再審議之範圍擴大，主要是鑑於一般輿論批評我國公務員懲戒制度採一審終結，無審級救濟，對於公務員之保護不週全，但目前客觀環境加審級又不可能，因此，擬在公懲法設再審議制度之基礎上再增一些再審議之事由，以彌補無審級救濟之缺陷」。

按陳瑞堂委員係以司法院主管廳廳長之立場發言，當時仍在戒嚴時期，客觀環境不可能增加審級，可以理解，現已解嚴，環境變遷很快，現在應可透過釋憲達到修法增設審級之目的。

以上發言紀錄顯示，公懲法應增設審級，有廣泛之支持，並非聲請人個人突發奇想。

(5) 綜上陳述，歸納為下列要項。

甲、憲法之法源 - 立憲者按照民主國家之標準保障人權之意旨。

乙、民主國家保障人權之標準 - 凡救濟應有審級。

(甲) 聯合國及其附屬機構四個重要人權法典。

(乙) 美國憲法上之適當法律程序。

(丙) 民主國家關於公務員懲戒處分之救濟程序之立法例。

丙、我國現行法制關於國家處分之救濟制度之比較研究 - 唯獨公懲法無審級。

丁、國內專家學者之意見 - 對公懲法應增設審級有共識。

戊、公懲法修正過程中，權責人員之意見 - 對公懲法應增設審級有廣泛之支持。

綜上陳述，公懲法無審級，人民依憲法第十六條享有之訴訟權不完整，構成違憲，至為明顯，爰依法聲請釋憲，以達到修法改正之目的，並請求宣告對據以聲請之案件發生效力，以謀求救濟。

3. 可供參考之解釋。

(1) 關於審級救濟，六十八年十二月二十一日釋字第一六〇號解釋，頗有參考價值。解釋文云：「民事訴訟法第四百六十六條第一項：『對於財產權上訴之第二審判決，如因上訴所得受之利益，不逾八千元者，不得上訴』之規定，與憲法並無抵觸」。

其解釋理由書云：「按憲法第十六條所謂人民有訴訟之權 此項權利之行使，究應經若干審級，憲法並未設有明文，自應衡量訴訟案件之性質，以法律為合理之規定，非必任何案件均須經相同審級，始與憲法相符。

即係本此意旨所定之訴訟制度，對所有當事人一體適用，以發揮定紛止爭之功能，尚難謂於訴訟權之行使，有何妨礙。」（附件二十六）。

(2) 該項解釋之反面解釋應為，凡國家對人民（含特別權力關

係)之任何處分,均應有審級救濟,公懲法亦不例外。自應衡量公務員懲戒事件之性質,究應有若干審級,以法律為合理之規定,而非無故否定公務員之訴訟權(不完整),任意剝奪其審級利益。諺云:「士可殺,不可辱」,懲戒處分,就其足以損傷公務員之榮譽與自尊心一點言,其後果已極為嚴重,再就撤職,休職等處分言,喪失公職斷送前途,失去工作,生活陷入困境,則更有現實生活上之利害關係,其嚴重性比之某些輕微犯罪有過之而無不及,而輕微犯罪尚有二審審級,懲戒處分則獨付缺如,其為違憲,至為明顯。

## (二)關於前審迴避。

### 1.所持之立場。

公懲會委員曾參與議決者,於再審議時,應行迴避,不得參與審議,以免有固執定見(成見,偏見)之虞、而影響客觀公正之判斷,損及司法威信。

### 2.理由及見解。

#### (1)關於公懲法及公懲會組織法之問題。

查公懲法第二十九條規定,審議程序關於前審迴避,準用刑訴法之規定。次查同法第二十七條第一項規定,公懲會審議案件,應以委員依法任用總額過半數之出席,及出席委員過半數之同意議決之。再查公懲會組織法第二條規定,公懲會置委員九人至十五人,簡任,委員長一人,特任,並兼任委員。據此推算,委員十五人加委員長之上限為十六人,過半數即九人以上出席始得審議,十六人減九人為七人,不足審議之法定人數,即委員之法定編制員額不足,事實上不可能分庭踐行前審迴避。懲戒法與組織法之規定互相矛盾,窒礙難行,懲戒法關於準用刑訴法前審迴避之規定形同虛設,牴觸憲法第十六條關於保障人民訴訟權之意旨而無效(訴訟權不完整),應予修正增設委員編制員額,或降低出席委員之法定人數,期能分庭落實踐行前審迴避。公懲會組織法另有委員年高體衰或患病無

法辦案等等結構性問題，不得不修法增設「得聲請停止辦案件」、「不算入第二條所定委員員額」等等補救性條文、以資因應。請參閱「組織法修正草案書面說明」（附件二十五 - 十六）。

(2)關於釋字第一七八號解釋之問題。

甲、聲請人之所以提出質疑，及因楊大器、胡光華，金經昌，王文、黃向堅、陳培墓、林昌明、鍾惠臣、陶振聲等九位委員既參與原議決之審議，又參與再審議之審議，並未迴避，是否適法值得質疑。而此問題又與釋字第一七八號解釋之是否合憲妥當有牽連關係。

乙、七十一年十二月三十一日釋字第一七八號解釋謂：「刑訴法第十七條第八款所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件曾參與下級審之裁判而言」。質言之，曾參與同級審之前次裁判則無庸迴避。

按公懲法所稱議決，就再審議而言，即為「同級審之前次審議」。既有釋字第一七八號解釋可資依據準用，則公懲會委員於再審議時未行迴避，固難指為違背法令。但該釋字第一七八號解釋本身即有是否合憲妥當之疑問，首先應予研究釐清。

丙、關於不同見解之研究。

(甲)首先研究釋字第一七八號解釋之不同意見書。大

法官姚瑞光先生之不同意見摘要引述如下：

「……一、迴避制度之目的……難免不因案（如推事參與前審裁判）……或固執成見……三、前審並非下級審。「前」無「下義」，將「前審」解釋為「下級審」，並非合理。……其法理之依據為：「任何推事對自己所為之裁判，無法為公平之裁判」。故凡合於「對於自己所為之裁判為裁判」之情形者，均為參與「前審」裁判。……在再審或非常上訴程序，參與當事人現所聲明不

服之確定裁判，亦為參與「前審」裁判。……五、直接前審應迴避。……本件比較合理之解釋文應為……係指推事對於當事人聲明不服之裁判，曾經參與，即該案件之前次裁判為其所裁判者而言」。提出該不同意見書之原文為附件，請參閱（附件二十七）。

(乙)再研究國內專家學者之意見。黃東熊著「刑事訴訟法論」第五九頁以下關於「公平之法院」部分，摘要引述如下：「……推事迴避之問題，並不能以當事人之審級利益、亦即，對該推事所為之判決是否得上訴，或是否有上訴之意義來說明。……關於推事迴避之問題，仍應以該推事有無為偏頗審判之虞為基礎來討論，始為妥當。……並非專指「下級審之裁判」而言，而係如字義那般，指「前次審判之裁判」而言，始屬對法律條文之忠實解釋。所謂「前次審判」，於通常情形，因為「下級審」，但於更審與再審之情形，即屬「同級審」。因此，推事曾參與同級審之前審裁判時，除前審裁判為形式裁判之外，仍可能產生應自行迴避之問題。……此種見解乃遷就事實上之困難而產生，並非妥當。不錯，如不將「前審」解釋為「下級審」，則於案件由最高法院發回高等法院更審時（尤其，發回數次之情形），高等法院（尤其推事人數不多之高等法院）恐無足夠推事得以組織合議庭以審判該案件，故遷就事實上之困難，而有必要作此解釋。其實此種困難甚易解決，殊無必要犧牲「公平之法院」，而作此解釋……筆者認為有如下標準可循。亦即①前次參與之審判為事實審，而此次參與之審判亦屬對同一事實之事實審……時，則得認定該推事於此次審判有為偏頗審判之虞。蓋於①

之情形，該推事於前次審判對事實問題所形成之心證，難言其對此次審判不產生影響。……使推事審查自己所為之裁判，焉有公平可言？……無論為下級審或同級審，推事曾參與前審之裁判時，則應認為符合刑訴法第十七條第八款，始得維持「公平之法院」之審判……。日本戰後之刑訴法以明文規定……於該案件發回或發交更審時，應自行迴避；西德刑訴法於一九六四年修改時，增加規定曾參與原審判之推事，依法不得參與再審之審判等，均殊值吾人解釋我國刑訴法第十七條第八款規定之參考」。提出黃著原文為附件，請參閱（附件二十八）。

丁、研究姚黃二位先生之見解之結論：法官迴避之問題，其關鍵乃在該法官有無為偏頗審判之虞。迴避制度乃為維持「公平之法院」而設，而非為維持「審級利益」而設。法官於前次審判對事實問題所形成之心證，難言其對此次審判不產生影響，使法官審查自己所為之裁判，焉有公平可言？如謂對下級審有固執定見，甚至固執成見偏見之虞，對同級審之前次裁判則無此顧慮，則顯有雙重標準，邏輯不通，法理不順。是無論為下級審或同級審，法官曾參與前審之裁判時，則應認為符合刑訴法第十七條第八款應自行迴避，始為適法。

戊、未察大法官作出釋字第一七八號解釋之真意，正如黃東熊校長所指摘，乃因遷就事實上之困難 - 最高法院及高等法院法官員額有限，難以落實踐行同級審之前審迴避，至為明顯。為遷就現實困難，而犧牲人民依憲法第十六條享有之訴訟權，以技術害原則，難謂合憲。

(3) 結論。

綜上陳述，關於再審議之迴避，公懲法及公懲會組織

法本身均有結構性之缺陷，事實上不可能分庭踐行該項前審迴避。更有釋字第一七八號解釋可資依據準用，可「依法」無庸迴避。但該釋字第一七八號本身如果構成違憲而應予變更，則公懲會即失去依據而必須迴避，但相關法律有結構性之缺陷，事實上不可能迴避，構成違憲、則必須修法因應。懲戒法，組織法，及解釋之間，有相牽連之關係，互為因果，無法分開，因此聲請變更解釋，期使合憲，並將懲戒法及組織法相關條文宣告為違憲，應予修法因應。並請求宣告解釋意旨對聲請人據以聲請之案件發生效力，以謀求救濟。在現制不可能分庭迴避之狀況下，請求指定司法院為前審迴避救濟機關。本案聲請解釋之目的在此。

### (三)關於刑懲併行。

#### 1. 所持之立場。

懲戒處分與檢察官之不起訴處分，或法院無罪確定判決之結果相異時，不起訴處分或法院無罪確定判決之效力優於懲戒處分，公懲會應受其拘束。

#### 2. 理由及見解。

(1)聲請人所受之懲戒處分，在監察院提案彈劾後，公懲會議決前，業經台中地檢署檢察官偵結，除張O銓一員起訴外，其餘六員均不起訴處分確定，涉嫌事實已有重大變化，與連帶處分之輕重有關，足以影響議決。而公懲會在議決前，應調查並能調查而不調查，完全引用監察院認定之涉嫌事實為基礎而為議決，已有重大瑕疵，如係刑事訴訟，其判決當然違背法令，得為法律審上訴之理由。迨聲請人提出該項不起訴處分書為附件，聲請再審議，亦輕描淡寫，避重就輕，避而不提，而議決駁回，更是重大偏差，幾近故意。推察公懲會之真意，似乎抱持「懲戒獨立」、「刑懲併行」，對檢察官之不起訴處分暗示不予理會，不予承認，不受拘束，意謂懲戒處分之效力優於不起訴處分。結果同為國家機關，就同一事實所為之處分相

異，各自為政，各行其是，而法律上救濟之途徑已窮，申訴無門，苦了當事人。關於該項審議經過，二之（二）（三）（四）（五）已詳為陳述，請審閱，不再重複。

(2)關於懲戒處分之效力應否優先之問題。

甲、公懲法於七十四年修正前，採行「刑先懲後」，立法意旨原為避免懲戒機關與偵審機關就同一事實所為之處分相異，影響國家之威信，也影響人民之權益。立法者鑒於刑重懲輕之性質，而採行刑先懲後，純就法理而言，絕對正確。祇因刑事訴訟曠日廢時，久懸不決，導致懲戒程序遲遲不能開始，俟刑事訴訟確定時，已是事過境遷，懲戒處分失其意義，為矯正其弊，修法時乃改採「刑懲併行」。但為避免矯枉過正，產生不良後果，復於公懲法第三十一條規定「但懲戒處分應以犯罪是否成立為斷，公懲會認有必要時，得議決於刑事裁判確定前，停止審議程序」。關於改採「刑懲併行」，在公懲法修正過程中，相關機關之權責人員曾經多方研究，詳載於司法院秘書處於七十五年六月出版之「公務員懲戒制度研究修正資料彙編」，摘印列為附件，請參閱（附件二十五 - 五至十四）。

乙、專就懲戒處分與檢察官之不起訴處分之結果相異之情形，探求問題。

檢察官雖非憲法意義上之法官，但為法院組織法上廣義之司法官，並為實施刑事訴訟不可或缺之一環，則毋庸置疑。次查公懲法第三十條規定：「公懲會對於懲戒案件認為被付懲戒人有犯罪嫌疑者，應移送該管法院檢察機關或軍法機關」。既然規定移送檢察機關，則檢察官之不起訴處分即具有法定地位，應受尊重，懲戒機關應受其拘束，懲戒處分如有相異之處，應斟酌變更。否則不起訴處分不被承認，當事人難道必須拜託檢察官起訴，拿到法院之無罪確定判決才算

數？法理不通，應非妥當。是故懲戒處分與不起訴處分之結果相異時，不起訴處分之效力優於懲戒處分，始屬確當。公懲法第三十三條第一項第四款所規定之：「原議決後，其相關之刑事確定裁判所認定之事實，與原議決相異者」，應增加不起訴處分與懲戒處分相異者得為再審議之理由，且刑事確定判決或不起訴處分在議決前即可能存在，而為公懲會所不知，因此「原議決後」之限制應予刪除，始為確當。

丙、就聲請人受懲戒處分之個案而言。監察院認定聲請人並未參與刑求，僅負督導不週之連帶責任，而提案彈劾，則僚屬有刑求之事實，犯罪成立，聲請人始應對其犯罪之事實負督導不週之連帶責任，如無犯罪事實、因無主體，即無連帶責任可言，是為「應以刑求之犯罪是否成立為斷」。公懲會既明知涉案員警業經監察院另案移送檢察機關，聲請人之連帶責任應以涉案員警之刑事責任是否成立為斷，理應停止懲戒程序而不停止，已有不當，俟聲請人聲請再審議，並以不起訴處分書為附件，請求斟酌，亦輕描淡寫，避重就輕，避而不提，而議決駁回，更有不當，幾近故意。結果被指為刑求之僚屬六員獲不起訴處分確定無事，再審議駁回後，張O銓一員也一審獲判無罪（檢察官上訴，未確定），涉案之僚屬七員全員無事，照常上班辦案領薪，唯獨無責任可連帶之聲請人卻受撤職處分，喪失公職，失去工作，生活陷入困境。司法之公平正義何在？

檢察官不起訴處分之效力應否優於懲戒處分？既有不明確之處，爰聲請統一解釋法律予以釐清，並宣告相關法律應予修正充實，在未修法前，解釋之效力及於據以聲請之案件，俾依法定程序謀求救濟。本案聲請解釋之目的在此。

(四)綜上陳述，聲請人受懲戒處分，而未享有「審級救濟」，未享

有「前審迴避」，更遑論「言詞辯論」「律師辯護」等等刑事審判程序應有之法律保障，依憲法第十六條享有之訴訟權不完整，依憲法第十八條享有之「應考試服公職之權」受不當之侵害，爰依法聲請解釋憲法及統一解釋法律、以尋求憲法守護者 - 大法官之保障，簡言之尋求「程序正義」。

#### 四、關於兩項理念。

##### (一)關於保障人權。

我國因長期處於革命建國，戰亂戒嚴狀態，不得不採行若干非常法制，對人民之基本人權多所壓抑限制。解嚴後一切回歸憲政常態，歷任司法首長、專家學者，及媒體輿論無不反覆宣揚並強調保障人民權利之重要性（附件二十九、三十）。即身為憲法守護者之大法官，近年來亦多以釋憲之實際行動做到保障人民權利、聲譽卓著，令人欽敬。檢附翁岳生大法官著「近年來司法院大法官會議解釋之研討 - 有關人民權利之保障」一文，請參閱（附件十二）。本案聲請解釋，旨在確保憲法第十六條所保障之訴訟權之完整，尋求「程序正義」。敬請參辦。

##### (二)關於特別權力關係。

關於國家與公務員之關係，早期通說採行「特別權力關係」，我國亦然，因此對公務員採取「上對下」「命令強制」「君臣」「威權」「父權」「子民」「無定量的義務」「不得爭訟」等等心態與處遇，散見於多項立法及判例，公懲法輕忽公務員應享有之訴訟權益，幾乎片面決定後，強迫當事人接受，即為此種心態下之產物。解嚴後一切回歸憲政常態，觀念逐漸開放改變，新任銓敘部部長關中先生於八十三年九月二十日在立法院表示：「未來『公務員基準法』訂定後，公務員與國家關係將由現行『特別權利關係』修正為『公法上職務關係』，居於『平等關係』『契約關係』，公務員將可享有憲法規定之權益，不受約束」（附件三十一）。他如「公務人員保障法」「行政中立法」「文官法庭」等等草案亦將陸續出爐，公務員權益將有完備救濟程序（附件三十二），以往落後

之觀念，允宜悉予摒棄，重新思考定位，適切處理。至公務員請求裁判上救濟之權利，應受憲法之保障，不能濫加限制，前大法官林紀東先生持肯定意見（附件三十三）。敬請參辦。

## 五、關於兩點不平。

### （一）關於審級救濟之不平。

前面附表三顯示，凡國家對人民（含特別權力關係）之處分，包括民事訴訟、刑事訴訟、不起訴處分、軍事審判、軍人懲罰、行政處分、社會秩序維護處分、律師懲戒、會計師懲戒、建築師懲戒、醫師懲戒、各類人事案件、考績評列乙丙等、警察人員懲處案件、考績免職處分等等只要想得出之任何處分，均有審級救濟，唯獨公務員懲戒處分付之缺如，所受處遇，厚此薄彼，雙重標準，草菅「官」命，道理何在，令人費解。尤有甚者，依考績法之免職處分，與依懲戒法之撤職處分，同為喪失公職，撤職處分之後果尤其嚴重，而免職處分享有三級救濟機會，且自確定之日起執行（得先行停職），撤職處分則無審級救濟，一經議決，即行確定，即時執行，更有重大之差別處遇，道理何在，令人百思不得其解。我之所以不惜冗長，重複陳訴，旨在突顯問題所在，希望引起大法官之重視，而為適切之解釋。

### （二）關於連帶處分之不平。

聲請人之僚屬之中，經監察院認定為參與刑求者七員，移送檢察機關依法偵辦，其中楊O雄等六員，在公懲會議決前，即已獲不起訴處分，另張O銓一員在再審議駁回後，亦獲一審判決無罪，雖經檢察官上訴，未確定，但因與要件不符，自始即未受停職處分。現況是，被認定為參與刑求之七員，目前均無事，全員照常上班辦案領薪，因無主體，無責任可以連帶，而被認定為應負督導不過連帶責任之聲請人反被議決撤職處分，喪失公職，失去工作，生活陷入困境，造成奇特之現象。請問我究竟對誰之刑求犯罪負連帶責任？司法不公不平。我之所以不惜冗長，重複陳訴，旨在突顯問題所在，希望引起大法官之重視，而為適切之解釋。

## 六、關於解釋之效力對實體上審議救濟之實益。

本案聲請解釋，主要為謀求程序上救濟之機會，至解釋之效力對於實體上審議有何救濟之實益，亦有進一步陳述，以形成心證之必要。僅就監察院移送一案之不起訴處分書及一審無罪判決未記載者，摘要陳述於后，備供參閱。

### (一)關於「虛偽之自白」。

#### 1. 相關條款。

- (1) 冤獄賠償法第二條第三款規定：「因受害人故意或重大過失之行為致受羈押或刑之執行者不得請求賠償」。
- (2) 該項條款適用於滅門血案之審判中被告魏〇成等所為之自白，則所謂「虛偽之自白」。其含義，被告既為虛偽之自白，極易使檢察官及法官發生誤認，如因而受羈押或刑之執行，其過出諸本人，不應使其有冤獄賠償請求權。見蔡墩銘著「刑事訴訟法論」第六六五頁（附件三十四）。

#### 2. 滅門血案被告魏〇成等為何長期被羈押？冤獄與刑求之間有無因果關係？

- (1) 摘要引述台中地方法院檢察官上訴理由如下：「 又被告魏〇成在七十九年五月十四日為警查獲，於七十九年五月十五日經本署檢察官收押（被告當時已坦承犯行），其後又多次借提查證，均未有傷，是其在此期間之多次自白，與事後原審所稱之七十九年五月二十五日被告有傷等情已無因果關係，乃原審竟執事後之事，否定先前之自白，其採證顯有違誤，況被告之傷，是否為其他原因所致，亦未可知（按看守所係記載被告自述被告行走不慎碰傷），原審竟遽認「應有刑求之情形」，其推論稍嫌速斷，益以被告魏〇成在七十九年五月十五日，五月十六日，五月十九日，五月二十一日在檢察官偵訊中之自白，又當如何？而辯護人吳〇律師更是事後在七十九年五月二十六日始受委任為辯護人，又如何能以其事後之證詞否定先前之自白事實？且其他自白之被告亦無刑求之情形。

足徵警察並未刑求，其自白應堪採信，不容被告事後

藉不明之傷勢而否定先前之自白」。 (附件三十五)。

復查台中高分院檢察官亦執同樣之理由上訴，最高法院亦執同樣之理由發回更審 (附件三十六、三十七)。

- (2)前面引述之各審檢察官上訴理由，及最高法院發回更審之理由顯示，被告魏0成在七十九年五月十五日，五月十六日，五月十九日及五月二十一日等四次，在檢察官偵訊中之自白，因未有傷，尚未發生刑求之問題，故其自白係在自由意志下所為，自白完全合法。何況，其他被告陳0鵬，陳0雄，邱0嘉等三人亦無刑求之情形，故其所為之自白，亦屬完全合法。即使五月二十五日借提時魏0成有傷，姑無論是否自己碰傷，至多警訊筆錄之證據能力存疑，不被採信，但還押後，在檢察官偵訊時之自白，仍是以自由意志所為之自白，故不容以刑求為由，當然否定。滅門血案如非被告魏0成等之犯行，則其在檢察官先後多次偵訊時之自白犯行，即係所謂「虛偽之自白」，因而誤導檢察官之偵查方向，也因此遭受檢察官長期羈押。檢察官除根據其「虛偽之自白」外，再參酌現場表演作案情節，及現場被綁證人之證詞等等，狀況證據，認為涉嫌重大，提起公訴。刑庭接案後，仍然繼續羈押，並命解送法務部調查局台中市調查站接受測謊測驗之結果，被告四人之回答大多數或全部呈說謊反應，對其不利 (附件三十五)，幾經調查，最後以缺乏積極證據獲判無罪保釋，在偵審期間被羈押七個月及至十個月之久。似此情形，其所以造成冤獄之原因，乃是由於被告所為「虛偽之自白」。虛偽之自白是因，冤獄是果，因有此因果關係，故應由被告自負責任，怪不得別人，依法不得請求冤獄賠償。至辦案刑警，係接受檢察官之指揮偵查犯罪，並受監督，每次借提還押，均經檢察官偵訊過濾，全案案情及整個調查過程，一切都在檢察官掌握監控中，果真有刑求之事實，難逃檢察官主動偵查追訴。檢察官係依據其本身多次偵訊被

告，尤其發生刑求問題前之四次偵訊所獲得之心證，並參酌其他狀況證據，而將被告羈押並提起公訴，警訊筆錄並非羈押起訴之唯一依據。是檢察官為偵查之主體，辦案刑警則係配合，兩者所擔任之角色釐清，即可明瞭辦案刑警與冤獄之間，因檢察官之介入，並無直接之因果關係，不應負責，此理甚明。①被告魏○成在七十九年五月十五日、五月十六日、五月十九日，五月二十一日等四次（即五月二十九日受傷前）在檢察官偵訊中以自由意志自白犯行。及②被告魏○成於五月二十五日受傷，自述行走不慎碰傷，並非刑求所致，以及③其他自白犯行之被告陳○鵬、陳○雄、邱○嘉等亦無刑求之情形等三點，足以影響懲戒事實之認定，為對於聲請人有利之證據。而公懲會未依職權自行調查，未探求真實，未盡調查之能事，僅將彈劾案文照單全收，照案執行，而將造成冤獄之責任完全歸責於辦案刑警，議決最嚴重之撤職處分，認定懲戒事實顯有重大違誤。

## (二)關於「重大過失」

### 1. 相關條款。

- (1)冤獄賠償法第二條第三款規定：「因受害人故意或重大過失之行為致受羈押或刑之執行者，不得請求賠償」。
- (2)其含意：原可及時提出有利證據（例如主張遭受刑求），由於疏忽成重大過失而未提出者，則因此而受犯罪之認定，不應許其為冤獄賠償之請求。蓋其本人未盡防禦之能事，自己亦應負相當之責任（附件三十四）。

2. 被告魏○成、陳○鵬、陳○雄、邱○嘉等四人涉嫌滅門血案事關重大，果真有刑求之事實，理應於還押後，檢察官偵訊時，即時陳明，請求查處，或事後遞狀提起告訴，適時派法醫依法驗傷，踐行勘驗程序，並即時偵查追究辦案刑警之刑責，據以抗辯。而均未為之，其本人未盡防禦之能事，即有重大過失，因而被長期羈押，自己亦應負相當之責任，重大過失是因，冤獄是果，因有此因果關係，依法不得請求冤獄

賠償。

刑求逼供，茲事體大，不是隨便，被告等當年不提告訴，請求檢察官適時查明是否事實，及責任歸宿，卻於事過境遷之數年後，在監察院作此陳述，混淆是非，事實難明。監察院及公懲會並局部引用滅門血案法院判決中關於刑求部分之記載，為對聲請人不利之認定。殊不知該項記載僅為諭知被告無罪之十餘項理由之一（刑求非唯一之理由），止於釋明大致可信，調查不夠嚴謹。何況非以辦案刑警為被告，亦非以瀆職為案由之審判，辦案刑警既未參與，接受調查，參加辯論，對辦案刑警不生效力，不受拘束。監察院及公懲會執此為認定事實之證據，顯有重大違誤。

(三)滅門血案冤獄，像不像是刑警動用刑求憑空捏造？

1.滅門血案，首先係彰化縣警察局00分局於七十九年五月十四日循線查獲嫌犯魏0成，魏某在00分局偵訊時，即已坦承犯行。經00分局通知00分局接提，並於五月十五日報請檢察官偵訊下令羈押，當時已坦承犯行（附件三十五）。其後接受檢察官之指揮繼續查證約四個月，因法定羈押期間將屆滿，也奉檢察官指示，將全案移送，詳情請參閱偵辦經過報告（附件三十八）。

起訴後，歷經一審、二審、三審及更審，所有踐行調查程序之人證、物證及勘驗等筆記記錄不計其數，勞心勞力，大費周章，各審判決書，打字密密麻麻厚達七張、九張乃至十三張不等，案情複雜、案卷盈尺，堪稱龐雜浩大。

俗語說：「無火不起煙」，如無某種程度之關連，即使動用刑求，就是打死也不可能問出任何案情，試問對滅門血案之人、時、事、地、物等案情毫無認識之人，牛頭不對馬嘴，從何問起？憑小小一個刑事組之數名刑警，動用刑求即能憑空捏造出如此重大，如此複雜之冤獄乎？

監察院與公懲會，見樹不見林，未能宏觀審察，探求真實，而簡單的認定刑求造成冤獄，斷章取義、偏於極端，迷失方向，採證認事，顯有偏頗，未免太單純化，有失事理之

平，令人難以信服。

## 2. 至於為何變成一案雙破？

因對北市刑大破獲之案情經過，並不瞭解，無法說明。只有再三強調，被告魏〇成等人，「真實的自白」也好，「虛偽的自白」也罷，確曾在檢察官偵訊時先後多次以自由意志自白犯行，果未殺人，為何承認？這又該如何解釋？媒體形容測謊機是現代照妖鏡，能觀照受測者的內心世界，找出真正的罪犯（附件三十九），而測謊之結果，被告魏〇成等四人之回答大多數或全部呈現說謊反應，對其不利，又當如何？（附件三十五）。魏〇成等人之內心世界，究竟有何想法？究竟有何隱情？我不得而知，也許只能說超越人類知能之極限吧？

- (四) 經查被告魏〇成、陳〇鵬、陳〇雄、邱〇嘉，及滅門血案證人衣〇華，林〇陽、柯〇為等，有竊盜、偽造文書、逃亡、搶奪、詐欺、侵佔、麻醉藥品、槍砲、強盜、恐嚇、賭博、毀棄損壞、殺人、贓物、違反農工商、藥物管理等等多項前科，多次進出法院，執刑坐監之素行分子。是否有存心報復，或利益結合，患難相助之虞？其所言是否盡予聽信？值得深思。
- (五) 另有關於認定事實矛盾、含糊、不明確等等具體事實，因案情複雜，為避免冗長，從略。如因聲請解釋而享有救濟之機會，再向擔任實體審議之機關提出主張。

## 七、關於聲請解釋之期間。

- (一) 本件第一項第（一）（二）（三）小項，係聲請解釋憲法，無期間之限制。
- (二) 本件第一項第（四）小項，係聲請統一解釋法律。

公懲會八十三年七月二十五日八十三年度再審字第四七二號議決再審議之聲請駁回，其理由暗示懲戒處分之效力優於不起訴處分，公懲會不受不起訴處分效力之拘束。爰此聲請統一解釋宣告不起訴處分之效力優於懲戒處分，以免處分分歧而影響司法之威信。該項議決書於八十三年七月二十八日收受送達，三個月之期間於十月二十九日屆滿，再加在途期間七日

(準用最高法院之在途期間)。應於十一月五日屆滿。

## 八、結語。

最後再次強調三點。

- (一)被監察院認定為參與刑求之僚屬七員，其中楊 0 雄等六員在議決前，即已獲不起訴處分，張 0 銓一員在再審議駁回後，亦一審獲判無罪（檢察官上訴，未確定），全員無事，照常上班辦案領薪，因無主體，已無責任何以連帶，而被認定為應負監督不週連帶責任之刑事組長（聲請人）卻被撤職處分，喪失公職，失去工作，生活陷入困境、司法不公不平。
- (二)國家對人民（含特別權力關係）之其他任何處分均享有審級救濟，唯獨公懲法付之缺如。國家對一般人民何等實厚，對公務員則何等嚴苛，不知把公務員當做甚麼？
- (三)未享有「審級救濟」，亦未享有「前審迴避」，憲法第十六條保障之訴訟權不完整，構成違憲，爰依法聲請解釋憲法，及統一解釋法律，希望透過解釋，尋求「程序正義」，而享有救濟之機會。

綜上陳述，司法不公不平，造成冤抑，而法律救濟之途徑已窮、投訴無門，祇有依法聲請解釋，以謀求救濟，爰謹呈請鈞院鑒核，惠予解釋，至為感禱。

謹 呈

司法院

附件一 監察院彈劾案文八十二年度劾字第五號

附件二 台中地檢署起訴書八十二年度偵字第一七五七八號

附件三 台中地檢署不起訴處分書八十二年度偵字第一七五七八號

附件四 公懲會議決書八十三年度鑑字第七二九一號

附件五 再審議聲請書

附件六 公懲會駁回再審議議決書八十三年度再審字第四七二號

附件七 台中地院刑事判決八十三年度訴字第一 0 六號

附件八 考試院特種考試及格證書（七 0）特警字第一 0 四號

附件九 銓敘部任用通知函(78)台華審三字第 二四八三七六號

附件一 0 「法學論集」「審級之意義」摘印本

- 附件一一 「刑事訴訟法論」「上訴制度」摘印本
- 附件一二 「近年來司法院大法官會議解釋之研討 - 有關人民權利之保障」摘印本
- 附件一三 「中國制憲史資料彙編」摘印本
- 附件一四 「國際法上人權與其保障問題」摘印本
- 附件一五 「基本人權在美國」摘印本
- 附件一六 「法政論叢第二集」「現行制度之檢討與改進意見」摘印本
- 附件一七 「警察法規辭典」「申訴」摘印本
- 附件一八 「比較監察制度」摘印本
- 附件一九 「憲法逐條釋義第三冊」摘本
- 附件二〇 「憲法司法論文集」摘印本
- 附件二一 「比較憲法下冊」摘印本
- 附件二二 「中國憲法與政府」摘印本
- 附件二三 「憲法論文選輯」摘印本
- 附件二四 「中華民國憲法論」摘印本
- 附件二五 「公務員懲戒制度研究修正資料彙編」摘印本
- 附件二六 「憲法逐條釋義第一冊」摘印本
- 附件二七 「司法院公報第二十五卷第一期釋字第一七八號解釋」
- 附件二八 「刑事訴訟法論」「公平之法院」摘印本
- 附件二九 「大法官釋憲應優先考量民權保障」剪報資料
- 附件三〇 「司法政革應先突顯保障人權的理念與作為」剪報資料
- 附件三一 「公務員與國家關係修正，將改為公法上職務關係」剪報資料
- 附件三二 「公務員權益將有完備救濟程序」剪報資料
- 附件三三 「憲法逐條釋義第一冊」「人權之保障與特別權力關係」摘印本
- 附件三四 「刑事訴訟法論」「冤獄賠償程序」摘印本
- 附件三五 台中地檢署檢察官上訴書八十年度上字第一一七號
- 附件三六 台中高分檢檢察官上訴理由書八十一年度上字第二十七號
- 附件三七 最高法院刑事判決八十一年度台上字第五九六九號

附件三八 台中縣警察局豐原分局偵辦楊春田滅門血案經過報告

附件三九 「測謊機 - 現代照妖境」剪報資料

附件四〇 「中華民國憲法逐條釋義第一冊」摘印本

聲請人 許〇仲

附件六：

公務員懲戒委員會議決書

八十三年度再審字第四七二號

再審議聲請人 許〇仲 台灣省台中縣警察局〇〇分局刑事組長

(住略)

上再審議聲請人因違法失職案件對於本會中華民國八十三年四月十八日鑑字第七二九一號議決聲請再審議，本會議決如下

主 文

再審議之聲請駁回。

事 實

再審議聲請人許〇仲原任職台灣省台中縣警察局〇〇分局刑事組組長，因偵辦民國七十八年十一月二十一日〇〇市發生之楊宅滅門血案，未盡督導之責，致所屬員警濫用職權，刑求逼供，辦案草率，怠忽職守，有違法失職情事，經監察院提案彈劾，本會於八十三年四月十八日以八十三年度鑑字第七二九一號議決，被付懲戒人許〇仲撤職並停止任用二年。許員於八十三年五月十四日收受原議決，於八十三年五月二十七日以原議決適用法規顯有錯誤及就足以影響原議決之重要證據漏未斟酌，依公務員懲戒法第三十三條第一項第一款、第六款規定，聲請再審議。其再審議聲請意旨略稱：

一、按「適用法規顯有錯誤」及「就足以影響原議決之重要證據漏未斟酌者」，得聲請再審議。公務員懲戒法第三十三條第一項第一、六款定有明文。本件鈞會所為之議決，顯有上述之違誤，故依法聲請再審議，謹分述理由及證據如下。

二、按「同一行為，在刑事偵查中，或審判中者，不停止懲戒程序。但懲戒處分，應以犯罪是否成立為斷，公務員懲戒委員會認有必要時，得議決於刑事裁判確定前，停止審議程序」，此為公務員

懲戒法第三十一條第一項所明定。本件聲請人是否違法失職，或督導無方，係以聲請人及其部屬有無對魏0成、陳0雄、陳0鵬等濫用職權，刑求逼供之犯行為斷。關於聲請人及其部屬即楊0雄、蔡0侗、陳0霖、李0峰、張簡0華、周0福、張0銓，刑責部分，經監察院移送最高法院檢察署發交台灣台中地方法院檢察署偵查結果。除張0銓外，聲請人及其他六名被告，均因犯罪嫌疑不足，而予以不起訴處分確定在案。此有八十二年度偵字第一七五七八號不起訴處分書可稽（見證一）。關於張0銓部分，檢察官雖認定其曾對陳0雄予以刑求提起公訴，但仍在台中地院審理之中，尚未判決確定（見證二）。因此聲請人有無違法失職，督導無方，自應待張0銓刑事部分判決確定後，方能認定。因張某若經判決有罪確定，始能認定聲請人有督導無方之責，反之，若判決無罪確定，則聲請人即無任何責任可言，而不必接受懲戒，鈞會對於此一懲戒處分，應以犯罪是否成立為斷之案件，且確有停止審議程序之必要，而未停止審議程序，自屬適用法規不當。

三、鈞會對於下列有利於聲請人，且足以影響原議決之重要證據，漏未斟酌，亦有未合：

- (一)聲請人及部屬有關刑求魏0成等之案件，經台灣台中地方法院檢察官以他字第七一七號調查結果，認定並無其事，而予以簽結在案。此一證據，對聲請人有無失職或監督不力之情事，極為重要，且足以影響應否懲戒。鈞會對此一偵查簽結書則以：「係在監察院調查之前，即已簽結，其簽結內容與其後發見之各項事實真相，顯不相符，亦無可取」為理由，未予審酌。顯有誤會，因此一調查案件係在民國八十二年八月三十一日簽結，至監察院訊問魏0成等筆錄，則在八十二年六月間，九月八日即提出彈劾決定書，足證監察院調查係在他字結案之前，簽結則在監察院調查之後，自應予以審酌，鈞會未予斟酌，即有未合。
- (二)監察院提出彈劾後，並將聲請人及屬員等移送最高檢察署發交台灣台中地檢署重新偵查，但偵查結果仍認定聲請人等犯罪嫌

疑不足，於八十二年十二月二十三日予以不起訴處分在案，此有八十二年度偵字第一七五七八號不起訴處分書可證（見證一）。此一證據足以影響聲請人是否應受懲戒，且又在監察院移送懲戒之後鈞會漏未審酌，亦有未當。

四、按認定有無違法失職之事實，應憑證據，若證據不足，或證據尚未明確，自不能以臆測之方法予以推定。又證據與所認定之事實，若不相符，亦屬適用法規錯誤。又告訴人或告發人之指訴，係以使被告或受懲戒人受刑事或懲戒處分為其目的。因此其所為之指訴，必須無瑕疵可指，且又與事實相符，始能採為證據。本件認定聲請人之部屬對魏○成等刑求逼供，無非以魏○成等之指述為其論據，但查魏某等等之供述，不僅前後不符，且自相矛盾，瑕疵百出，根本不能採信，鈞會據以懲戒聲請人，顯有誤會，謹分述如下：

(一)魏○成在七十九年五月十五日，經檢察官收押，同年五月十六、十九、二十一日交警方提出查證時，非僅未向檢察官報告遭受刑求，且身上亦無傷痕，及至二十五日始稱遭受刑求，但事後又改稱係行走時不慎受傷，在檢察官偵查聲請人等瀆職一案時，則一再供稱「那些傷不是他們打我受傷的」，「沒有逼我」，「傷是我自己想跳樓梯時受傷的」。邱○嘉在檢察官偵查聲請人等瀆職案中，亦均稱「沒有刑求」，並證稱「陳○鵬一星期左右前，有與我連絡，他說沒被刑求」等語。邱○嘉、魏○成、陳○鵬亦以陳明書向鈞會陳明並未遭受刑求。此有陳明書附卷可稽。似此前後不一，自相矛盾，瑕疵百出之供述，自不能採為證據，鈞會據以懲戒聲請人，自有違誤。

(二)鈞會審議時所採用台中地方法院及台中高分院刑事判決，而認定聲請人之部屬七人曾對魏○成等四人予以刑求，但此僅係法院判決時所列理由之一，並非判決主文，何況，此一理由，業經台中地檢署重新予以分案偵查後，認定僅有張○銓一人對陳○雄有刑求之事，其他均無證據足以證明，而予以不起訴處分確定在案，而此一理由已被否定，鈞會據此理由而懲戒聲請人，則採證實有未當，即有認定事實與所採證據兩不相符之違

誤。

(三)楊○田命案發生後，○○分局全體組員即南北奔波，積極搜證，前後查訪可疑對象三、四十人及過濾指紋，除魏○成之自白書，證人張○雄、林○川、郝○、張○豐、彭○興、謝○錫等指證外，尚有刑事警察局鑑驗書、錄音帶，及其衣物、相關卷宗長達數千頁，偵辦時間近一年，因羈押期限將屆，奉檢察官指示始移送地檢署偵辦，○○分局並未對外宣佈破案，亦未向上級申請破案獎金，如此慎重之辦案過程，自不得以事後伊等獲判無罪即認定聲請人「辦案草率」、「怠忽職守」。鈞會據以懲戒顯有誤會。

五、按辦理懲戒案件，應審酌一切情狀，尤應注意懲戒法第十條所列事項，以為處分輕重之標準，本件聲請人有無失職，應否予以懲戒，由於刑事部分，尚未判決確定，仍難認定。退而言之，縱令有監督不週之責，但鈞會審議時，對下列情狀及事項，未予審酌，亦有違誤。

(一)聲請人自民國六十四年警校畢業後，迄今十有九年，兢兢業業，敦品奉公，從未受任何處分，為維護社會治安，打擊犯罪，流血流汗，出生入死，曾獲下列績效：

- 1.七十六年因連續十年以上工作成績優良，榮獲內政部頒發警察獎章（見證三）。
- 2.七十八年因工作精勤，表現優異，當選為模範警察，獲得內政部警政署榮譽狀（見證四）。
- 3.八十年因對警政工作表現優異，對社會治安有特殊貢獻，獲內政部警政署頒發榮譽紀念章（見證五）。
- 4.歷年來因偵破無數刑案，計獲記大功六次、小功五十一次、嘉獎二百零二次，此有人事資料列印報表可證（見證六）。
- 5.八十、八十一年全年評鑑結果，列為甲等（見證七）。
- 6.聲請人思想忠貞，品行良好，廉潔公正，生活儉樸，屢破重大刑案，工作績效優良，此有台中縣警察局函可證（見證八）。
- 7.聲請人之工作績效，輿論界均以報導表揚，此有剪報資料一

冊可證（見證九）。

8. 聲請人任職期間，表現優異，對社會治安、人民財產之保護貢獻良多，此有台中縣政府函可證（見證十）。

9. 聲請人工作上不遺餘力，深得地方仕紳佳評，為一優秀人民祿母，此有台中縣議會證明（見證十一）。

10. 聲請人二十年之工作成績，已如上述，鈞會未予以審酌僅因其監督不週，而予以最嚴厲之撤職處分，顯有不當。

(二) 聲請人身為刑事組長，業務繁重，無法事必躬親，且亦未一一參與本案之偵訊，難免有所疏失，何況係維護社會治安奉檢察官之命偵查犯罪，而非為個人不法之私利，縱令稍有失誤，亦屬情有可宥。

(三) 聲請家中上有老母，年已六十有餘，下有一女、一子，均未成年，全賴聲請人工作奉養扶育，此有戶籍登記簿可稽（見證十二），若果真遭受撤職，不僅個人前途從此斷送，全家生活亦陷於絕境，此情此景，實堪憫恕。

六、謹附呈原議決書及證據，懇請鈞會體念下情，准予撤銷原議決重為議決，免予懲戒，實感法便。並提出下列證物為證：

(一) 八十二年偵字第一七五七八號不起訴處分書影本一件。

(二) 八十二年偵字第一七五七八號起訴書影本一件。

(三) 內政部警察獎章證書影本一件。

(四) 內政部警政署榮譽狀影本一件。

(五) 內政部警政署榮譽紀念章、贈予證書影本一件。

(六) 人事資料列印報表一冊（經人事單位簽章證明屬實）。

(七) 台中縣警察局豐原分局通知書影本一件。

(八) 台中縣警察局書函影本一件。

(九) 歷年破獲各類重大刑案剪報資料影本一冊。

(十) 台中縣政府縣長書函一份。

(十一) 台中縣議會議長書函一份。

(十二) 戶籍登記簿影本二份。

(十三) 勤前教育會議紀錄六件。

(十四) 原議決書影本一份。

### 監察院對再審議所提核閱意見

本案被懲戒人柳○輝為○○警察分局長，許○仲為刑事組長並分別為○○市場宅滅門血案專案小組召集人及直接指揮偵辦之主官，明知偵查犯罪嚴禁刑求，且該分局員警非法刑求逼供之地點復在該分局辦公場所範圍內，被懲戒人雖未直接參與刑訊，但亦難辭怠忽職責督導不周之責任，貴委員會依法予以懲戒洵屬正當，惟據被懲戒人陳情並所附資料略以渠等服務警界二十年平素敬謹忠勤，歷年考績優異，屢受上級獎勵，其間並多次破獲轟動社會重大刑案，卓有助績，請從輕處理等語。經核本案於法固屬不容，衡情則尚屬可宥，既已知儆戒當能惕勵來茲，敬情審酌上情量裁。

### 理 由

- 一、關於原議決適用法規顯有錯誤部份：（一）按公務員懲戒法第三十一條第一項係明定：「同一行為，在刑事偵查或審判中者，不停止懲戒程序。」再審議聲請人（下簡稱聲請人）聲請再審議意旨謂「聲請人有無違法失職，督導無方（責任），自應待張○詮刑事部份判決（有罪）確定，方能認定 鈞會對此一懲戒處分未停止審議程序，自屬適用法規不當云云」，顯係不瞭解上述法條規定所致，況同條項但書已明文規定僅「懲戒處分應以犯罪是否成立為斷，公務員懲戒委員會認有必要時」，始「得議決於刑事裁判確定前，停止審議程序。」再審議意旨既明載關於聲請人等刑責，除張○銓外，均因犯罪嫌疑不足不起訴處分確定在案。原無議決停止審議程序條件，而原議決又係基於魏○成、邱○嘉、陳○雄於監察院調查時對於豐原分局初訊及借提訊問時，先後在該分局刑事組指紋室、五樓禮堂、○○派出所或警車上為員警網綁，以毆打、灌水、電擊等非法手段逼供，解回檢察署途中，並威脅不得反供，否則將再借提，給予好看，因不堪忍受折磨，不得已而為不實自白之陳述。核與魏○成於七十九年五月二十五日及同年六月十五日警局借提後還押台中看守所時，向該所表示被警員毆打、棍擊及電擊陽具之陳述，及律師吳○於台中地院結證：接見魏○成時，見其左手腕有明顯瘀血，陽具紅腫。同所羈押被告衣○華、林○陽、柯○為等證稱：與魏○成同監時，

見其被借提回來，身體受傷，痛苦呻吟，下體被電水腫，借提出去，一次比一次嚴重，他氣喘困難，借提回來，就好像快死了各等語，若合符節。已證明魏○成等之遭受刑求，係在聲請人服務之警局於七十九年五月二十五日及六月十五日，借提魏○成等訊問時所為。基此足認，不問下手實施刑求之人為張○銓或另有其人，聲請人既為指揮偵辦魏○成等刑案之人，未能防止員警（原議決並未指明為張○銓）刑求之事，顯有督導無方之責，應無因警員張○銓被訴刑案尚未判決有罪確定，須依前述法條但書規定，停止原審議程序必要。原議決逕對聲請人議決懲處應無適用法規顯有錯誤之情事，聲請人徒以個己見解，指摘本會就前述法條但書規定，是否停止審議程序具有裁量權事項，未議決停止審議程序，即濫謂原議決適用法規顯有錯誤，因據之聲請再審議，難認為有理由。（二）再審議意旨又謂魏○成等證述前後不一，自相矛盾，瑕疵百出，台中地方法院及台中高分院判決理由所指魏○成等四人係遭刑求，後經檢察官再分案偵查結果，除張○銓一人被起訴外，聲請人及其餘部屬均已不起訴處分確定，上述刑事判決理由對聲請人刑求指摘已被否定，聲請人係奉檢察官指示搜證移送，並係經檢察官對魏○成等起訴。原議決徒據前後不符，自相矛盾，瑕疵百出之魏○成等供述，認定聲請人部屬對魏○成等刑求逼供，懲戒聲請人，所認定事實，與所採證據，兩不相符，為適用法規錯誤云云，惟聲請人所為上述辯解，為無可採，原議決於議決書理由中已記明不予採信之理由，及所憑恃之證據。魏○成等遭受刑求後，先後供述，雖前後不一，但彼等於借提還押身受傷痕，則為台中看守所所存彼等健康檢查表及病歷表逐一記載清楚，有原議決卷附台中看守所談話筆錄、健康檢查表、病歷表可稽。聲請人就楊宅滅門血案，係兇犯管鐘○、李○世所為，已為台北地方法院判處死刑，魏○成等則被台灣高等法院台中分院判決無罪確定事實復不爭執，則原議決以「魏○成等既非楊○田滅門血案之兇手，設非遭受刑求，焉有自認為強盜殺人兇手之理」等理由，採信魏○成等遭受刑求之供述，認定聲請人部屬有對魏○成等刑求逼供事實，自屬合法，並無如聲請人所

指證據與所認定之事實，兩不相符，適用法規顯有錯誤情事，聲請人據此對原議決所為再審議聲請亦顯難認為有理由。（三）聲請人指責原議決未審酌其於民國六十四年警校畢業後從事警察工作迄今十九年，維護社會治安，打擊犯罪，具有如附證（三）至（十三）之業績，即予聲請人最嚴厲之撤職處分，顯有不當云云，惟原議決於議決時，已就公務員懲戒法第十條所列各事項斟酌，以為處分輕重之標準，此由議決書所記「查偵查犯罪，嚴禁刑訊，迭經政府三令五申。被付懲戒人等均係警察主管，且或為楊宅血案專案小組召集人，或為指揮偵辦之人，未能防止所屬員警刑求逼供，急於事功而未盡調查蒐證之能事，幾肇重大冤獄」等語，足可明瞭所以從重議處之理由。至所提出附卷之證（三）至（十三），部份為原議決前即存在之文件，部份作成在原議決之後，既未據在原議決之前提出本會，原議決顯無從斟酌，聲請人所謂原議決未依公務員懲戒法第十條各項規定斟酌，即對聲請人施與最嚴厲撤職之處分，因聲請再審議，經核仍屬無理由。

- 二、關於就足以影響原議決之重要證據，漏未斟酌部份：聲請人再審議意旨又稱：聲請人及其部屬，有關刑求魏0成案件，經台灣台中地方法院檢察署以他字第七一七號調查結果，認定並無其事，而予簽結在案，此一證據，對聲請人有無失職或監督不力之情，極為重要，且足以影響應否懲戒。鈞會對此一偵查簽結書則以「係在監察院調查之前，即已簽結，其簽呈內容與其後發見之各項事實真相，顯不相符，亦無可取」為理由，未予審酌。惟查聲請人於原議決以其並無違法失職情事，曾舉該檢察官「簽結」為其有利之證明，並聲請調卷及傳訊魏0成等證人。原議決於理由中已說明「簽呈內容與其後發見之各項事實真相，顯不相符，亦無可取。」「所請再行訊問魏0成等，自無必要。」顯已就聲請人主張及聲明之證據，已為斟酌，並無聲請人所主張漏未斟酌之情事，該他字第七一七號簽結之先後，要不影響原議決事實之認定。至台灣台中地方法院檢察署八十二年十二月二十三日八十二年度偵字第一七五七八號不起訴處分書對聲請人不起訴處分，僅足證明聲請人被訴刑事部份罪嫌不足，並非可以之為魏0成等遭

受刑求事實所生之行政責任，監督長官全可免責，該不起訴處分應非足以影響原議決之重要證據，亦非補充理由所謂「發現確實之新證據，足認應變更原議決者」，聲請人據此所為再審議之聲請，仍難認為有理由。

據上論結，本件再審議之聲請為無理由，應予駁回，爰依公務員懲戒法第三十八條第一項前段議決如主文。

中 華 民 國 八 十 三 年 七 月 二 十 五 日  
(本聲請書其餘附件略)

# 司法院釋字第三九七號解釋

中華民國 85 年 2 月 16 日

院台大二字第 04074 號

## 解 釋 文

財政部中華民國七十五年二月二十日台財稅字第七五二一四三五號令發布之「兼營營業人營業稅額計算辦法」係基於營業稅法第十九條第三項具體明確之授權而訂定，並未逾越法律授權之目的及範圍，與租稅法律主義並無牴觸。又財政部七十七年七月八日台財稅字第七六一一五三九一九號函釋稱兼營投資業務之營業人於年度中取得之股利，應於年度結束時彙總列入當年度最後乙期免稅銷售額申報，並依兼營營業人營業稅額計算辦法之規定，按當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例計算調整應納稅額，併同繳納，僅釋示兼營營業人股利所得如何適用上開辦法計算其依法不得扣抵之進項稅額，並未認股利收入係營業稅之課稅範圍，符合營業稅法意旨，與憲法尚無違背。惟不得扣抵比例之計算，在租稅實務上既有多種不同方法，財政部雖於八十一年八月二十五日有所修正，為使租稅益臻公平合理，主管機關仍宜檢討改進。

## 解釋理由書

現行營業稅法對於營業稅之課徵係採加值型營業稅及累積型轉手稅合併立法制，前者依營業稅法第四章第一節規定，係按營業人進、銷項稅額之差額課稅；後者依同法第四章第二節規定，係按營業人銷售總額課徵營業稅。依營業稅法第十五條第一項規定，營業人當期銷項稅額（指營業人銷售貨物或勞務、或依規定所應收取之營業稅額）扣減進項稅額（指營業人購買貨物或勞務時，依規定支付之營業稅額）之餘額，即為當期應納或溢付營業稅額。營業人得以購買貨物或勞務所支付之進項稅額申報扣抵銷售貨物或勞務之銷項稅額，應以其所銷售之貨物或勞務屬於應稅者為限。依營業稅法第十九條第一項規定同條項所定之進項稅額，不得扣抵銷項稅額，又同條第二項規定專營免稅貨物或勞務者，其進項稅額不得申請退還。但就兼營營業稅法

第八條免稅貨物或勞務者，其購進所營免稅貨物或勞務，或營業人非供本業及附屬業務使用之貨物或勞務等第十九條第一項所列之進項稅額，因與得扣抵之進項稅額，有不易明確劃分之情形，為合理計算應納稅額，營業稅法第十九條第三項乃授權財政部就兼營營業稅法第八條第一項免稅貨物或勞務，或因本法其他規定而有部分不得扣抵情形者，其進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例與計算辦法，由財政部定之，作為稽徵或納稅之依據。此種法律基於特定目的，而以內容具體、範圍明確之方式，就徵收稅捐所為之授權規定，並非憲法所不許（釋字第三四六號解釋參照）。

財政部七十五年二月二十日台財稅字第七五二一四三五號令發布之「兼營營業人營業稅額計算辦法」係基於營業稅法第十九條第三項具體明確之授權而訂定，其所採之比例扣抵法，旨在便利徵納雙方徵繳作業，並未逾越授權之目的及範圍。加值型營業稅係對貨物或勞務在生產、提供或流通之各階段，就銷售金額扣抵進項金額後之餘額（即附加價值）所課徵之稅，涉及稽徵技術、成本與公平，有其演進之過程。關於如何計算兼營營業人之應納稅額，各國多採比例扣抵法，亦有規定帳載完備，得明確劃分勾稽，而經核准者，得採直接扣抵法。財政部於八十一年八月二十五日修正上開辦法，規定自八十一年九月一日起，兼營營業人帳簿記載完備，能明確區分所購買貨物或勞務之實際用途者，得向稽徵機關申請核准採用直接扣抵法，按貨物或勞務之實際用途計算其進項稅額可扣抵銷項稅額之金額，使兼營營業人有所選擇，係在因應我國營業稅制之發展，兼顧實情與公平所為之改進。查主管機關基於法律授權所訂定之各種命令，於不違反法律授權意旨之限度內，並非不得增刪修訂或變更其見解（釋字第二八七號解釋參照），故不能因而認財政部修改前開辦法，兼採直接扣抵法，即謂原本所採之比例扣抵法為違法。

營業稅係以在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物為課徵對象，營業稅法第一條設有規定，股利收入不在營業稅課徵範圍。財政部七十七年七月八日台財稅字第七六一一五三九一九號函釋謂，兼營投資業務之營業人於年度中取得之股利，應於年度結束時彙總列入當年度最後乙期免稅銷售額申報，並依兼營營業人營業稅額計算辦法，

按當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例計算調整應納稅額，併同繳納，僅釋示兼營營業人股利所得如何適用上開辦法計算其依法不得扣抵之進項稅額，非在增加其銷項稅額，亦非認股利收入係屬營業稅課稅範圍，而對股利收入課徵營業稅，符合營業稅法之意旨。蓋如許股利收入免予列入計算依法不得扣抵比例，則此項與股利收入有關之各項費用之進項稅額，均將併作應課徵營業稅之進項稅額，而予全數扣抵，使其相關進項費用完全無租稅負擔，相較於專營投資業務者之此等進項稅額完全不能扣抵，有失公平，且將誘使專營投資業務者藉銷售少數應稅貨物或勞務而成為兼營投資業之營業人，將投資業務之進項稅額得以悉數扣抵，規避稅負，自非合理。

綜上所述，上開財政部發布之兼營營業人營業稅額計算辦法及函釋，符合營業稅法意旨，與憲法第十九條所定租稅法律主義尚無牴觸。惟上開函釋，以「股利」收入作為計算進項稅額不得扣抵之比例基礎，文義上易滋將股利擴張解釋為營業稅之課稅適用範圍之誤解；又不得扣抵比例之計算，在租稅實務上既有多種不同方法，財政部雖於八十一年八月二十五日有所修正，為使租稅益臻公平合理，主管機關仍宜檢討改進。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 董翔飛 楊慧英  
戴東雄 蘇俊雄

### 部分不同意見書 大法官 孫森焱

財政部發布兼營營業人營業稅額計算辦法（以下簡稱營業稅額計算辦法）係依營業稅法第十九條第三項、第三十六條第一項及第四十一條第二項所訂定，為同辦法第一條所明定。又營業稅係以在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物為課徵對象，此觀營業稅法第一條之規定自明。股利收入既不在營業稅法規定之課徵範圍，自無銷項稅額，從而其進項稅額即無從扣抵。其兼營投資業務及加值稅範圍之業務者，於計算進項稅額之扣抵比例時，如未將股利收入之進項稅額剔

除，則其與股利收入有關之費用，如投資部門之業務費用、管理費用、電腦設備及共同使用之水電費、固定資產等相關之進項稅額，均可全數扣抵，固非合理，惟如依財政部七十七年七月八日台財稅字第七六一一五三九一九號函釋意旨，逕適用營業稅額計算辦法計算可扣抵之進項稅額，其可扣抵之進項稅額將大幅減少，相對增加營業人之稅負，有違租稅法律主義，亦非公平。理由如下：

- 一、依營業稅額計算辦法第二條第一項規定：「兼營營業人應依本法第四章第一節規定計算營業稅額部分，適用本辦法之規定。」同條第二項則規定：「前項稱兼營營業人，指依本法第四章第一節規定計算稅額，兼營應稅及免稅貨物或勞務者，或兼依本法第四章第一節及第二節規定計算稅額者。」股利收入並非營業稅課徵對象，無營業稅法規定適用之餘地，更不屬應稅或免稅貨物或勞務範圍，即無從適用營業稅額計算辦法將股利收入列為銷售淨額，以之為計算進項稅額不得扣抵銷項稅額比例之基礎。
- 二、股利收入不屬於營業稅法第一條所列課稅範圍，將其與適用營業稅法規定之銷售淨額合併，以計算進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例，與免稅銷售淨額併列為比例之中，即係視股利收入為免稅銷售淨額之一種，無異將股利收入列為營業稅之課稅範圍而適用營業稅法第八條之免稅規定。不但牴觸憲法第十九條之規定，且違背營業稅法。
- 三、如將股利收入列入免稅銷售淨額申報，計算應納或溢付稅額，則與股利收入完全無關之費用，例如為購置生產原料或機器而支付之進項稅額，因計入股利收入為免稅銷售淨額之故，其不得扣抵銷項稅額之比例將相對增加，使營業人負擔依法不應負擔之稅負。此種情形解釋理由雖謂「非在增加其銷項稅額」，但確已增加其不得扣抵之進項稅額。

實則財政部七十七年七月八日台財稅字第七六一一五三九一九號函所顧慮者，無非謂如准許股利收入免予列入計算不得扣抵比例，其有關之進項稅額均可全數扣抵，顯失公平等語。第關此情形如將「與股利收入有關之進項稅額」及「與股利收入無關之進項稅額」分開計算，即可維持租稅公平。顧營業稅之課徵，所

以按期計算全部銷貨之銷項稅額，於扣除其全部進貨之進項稅額後，以其差額為當期應繳納之稅額，乃因營業人銷售之貨物或勞務有多種，各有不同之進項稅額及銷項稅額，且本期之進貨未必當期銷售，復有後進先銷、呆存未銷之情形，故為權宜計，始按期就全部銷售淨額依免稅及應稅二部分之比例為核計應繳納營業稅額之基礎。營業稅法第十九條第三項爰規定其進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例與計算辦法由財政部定之。就股利收入以言，原非營業稅課徵範圍，為營業人營業以外之收入，如為此收入而有所進貨，繳納營業稅，即係營業稅法第十九條第一項第二款前段所定「非供本業及附屬業務使用之貨物或勞務」，其進項稅額不得扣抵銷項稅額。是專供股利收入而負擔之進項稅額不發生與他種應稅貨物或勞務之銷項稅額扣抵之問題，不待適用營業稅額計算辦法而然，實係營業稅法第十九條第一項第二款有此規定之結果。至於與股利收入無關之進項稅額，可否扣抵銷項稅額，更不應因股利收入之多寡而受牽涉。問題之關鍵乃為股利收入而使用之貨物或勞務，為應稅或免稅之銷貨所共用者，其進項稅額究以如何比例扣抵銷項稅額？唯有此情形始發生適用營業稅額計算辦法判斷其比例多寡之問題。以故，本件解釋應將購置生產原料或機器等有關之進項稅額與股利收入有關之進項稅額區分，僅就後者與應稅及免稅之銷貨共用部分適用營業稅額計算辦法計算可扣抵之比例，始屬允當。

綜上以觀，有關股利收入使用之貨物或勞務，為應稅或免稅之銷貨所共用者，其進項稅額應以如何比例扣抵銷項稅額，是為進項稅額有部分得依營業稅法第十五條第一項扣抵銷項稅額；有部分依同法第十九條第一項第二款規定不得扣抵銷項稅額發生之問題。此即同法第十九條第三項所定「因本法其他規定而有部分不得扣抵情形。」其不得扣抵之比例與計算辦法，依同條項規定原係授權財政部定之。惟財政部發布營業稅額計算辦法就此漏未顧及，於其第二條第二項僅規定所稱兼營營業人係指「依本法第四章第一節規定計算稅額，兼營應稅及免稅貨物或勞務者」，或「兼依本法第四章第一節及第二節規定計算稅額者」，未將營業稅法第十九條第一項第二款所定非供本業及附

屬業務使用之貨物或勞務發生之進項稅額，與應稅及免稅貨物或勞務發生之進項稅額，以何比例計算之方式亦涵蓋在內，迨民國七十七年七月八日始以台財稅字第七六一一五三九一九號函規定股利收入仍應適用營業稅額計算辦法計算進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例。此函釋意旨，有違租稅法律主義，已如上述。股利收入有關之進項稅額與免稅貨物或勞務之進項稅額有別，如何計算不得扣抵之比例，自應依其法律上性質詳加斟酌，求其適法之計算方法，此與營業稅額計算辦法兼採之直接扣抵法尚有不同，不發生直接扣抵法之規定效力溯及既往之問題。是本件解釋文關於股利收入部分應如下列所示：

又財政部七十七年七月八日台財稅字第七六一一五三九一九號函釋謂：兼營投資業務之營業人於年度中取得之股利，應於年度結束時彙總列入當年度最後乙期免稅銷售額申報，並依兼營營業人營業稅額計算辦法之規定，按當年不得扣抵比例計算調整應納稅額，併同繳納。使兼營營業人原得扣抵銷項稅額之進項稅額減少，增加兼營營業人進項稅額之負擔，有違憲法第十九條租稅法律主義之本旨，應准兼營營業人將與股利收入無關之進項稅額分別計算扣抵比例，調整應納稅額。

抄潤 0 紡織股份有限公司代表人尹 0 樑聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第一項規定聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如下。

一、聲請解釋憲法之目的。

聲請人申請退還七十八及七十九年度因適用法令錯誤溢繳營業稅事件，原處分機關所為處分，一再訴願決定機關所為決定，以及行政院所為確定終局判決，其所援用財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋（以下簡稱財政部「系爭函釋」），與營業稅法有關規定及憲法第十九條規定牴觸，應為無效。聲請人於其憲法上所保障之權利並因之遭受不法之侵害，爰此聲請解釋憲法，期以解除主管機關之不法侵害為目的。

二、疑義或爭議之性質及涉及之憲法條文。

(一)憲法上所保障之權利遭受不法侵害之事實，及涉及之憲法條文。

緣聲請人七十八及七十九年度股利收入，因其非屬在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，依營業稅法第一條規定反面解釋，自非課徵營業稅範圍，因誤依財政部「系爭函釋」自動補行報繳稅款，嗣依稅捐稽徵法第二十八條規定向原處分機關所屬大安分處申請退還上述稅款。原處分及一再訴願決定以及行政法院判決均援用財政部「系爭函釋」分別為否准之處分、駁回之決定，以及駁回之判決。查財政部「系爭函釋」為行政命令，且與營業稅法有關規定及憲法第十九條規定牴觸，應為無效，其適用牴觸法律及憲法之行政命令而為否准退還稅款，顯已不法侵害聲請人憲法第十九條、第十五條所保障「人民有依法律納稅之義務」及「人民之財產權應予保障」之權利。

(二)所經過之訴訟程序。

查聲請人向原處分機關台北市稅捐稽徵處所屬大安分處申請退還誤予溢繳稅款，受否准之處分，乃循序向台北市政府提起訴願，向財政部提起再訴願，均遭駁回，遂於八十二年二月十五日向行政法院提起行政訴訟，該院於八十二年四月二十九日以八十二年度判字第八一八號判決為原告之訴駁回之判決。

(三)確定終局裁判所適用之命令之名稱及其內容。

名稱：財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函（本聲請書簡稱財政部「系爭函釋」）。

內容：兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。

(四)有關機關處理本案之主要文件及其內容。

(1)台北市稅捐稽徵處大安分處八十一年六月十六日北市稽安

(甲)字第二六七七六號函，其內容：依財政部「系爭函釋」為否准退還誤予溢繳稅款。

(2)台北市政府八十一年九月二日(81)府訴字第八一〇五三五六五號訴願決定書，其內容：援用與原處分相同之財政部「系爭函釋」為「訴願駁回」之決定。

(3)財政部八十一年十二月二十八日台財訴第八一〇四八五五八二號再訴願決定書，其內容：援用與原處分及訴願決定相同之該部「系爭函釋」為「再訴願駁回」之決定。

(4)行政法院八十二年四月二十九日八十二年度判字第八一八號判決(附件一)，其內容：援用前揭財政部「系爭函釋」，並據以引申轉投資其他營利事業取得之股利收入係屬營業稅法第一條規定銷售勞務之範圍，而為「原告之訴駁回」之判決。

### 三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解。

(一)對於確定終局裁判所適用之命令，發生有牴觸憲法之疑義之內容。

查營業稅法第一條規定：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」依此規定反面解釋，非在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，自非營業稅法規定課徵營業稅範圍。股利收入並非銷售貨物或勞務，非屬課徵營業稅範圍，並有現行營業稅法修正案新舊條文對照及說明可資參據。再查「兼營營業人營業稅額計算辦法」第一條訂明：「本辦法依營業稅法(以下簡稱本法)第十九條第三項、第三十六條第一項及第四十一條第二項規定訂定之。」第二條第二項規定：「前項稱兼營營業人，指依本法第四章第一節規定計算稅額，兼營應稅及免稅貨物或勞務者，或兼依本法第四章第一節及第二節規定計算稅額者。」觀之首揭規定，足見所謂兼營營業人係指兼營營業稅法第八條第一項免稅貨物或勞務，或兼依營業稅法第四章第一節及第二節規定計算營業稅額者而言。準此，轉投資取得之股利收入，非屬「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用範圍，至為明瞭。惟財政部「系爭

函釋」卻規定「俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額，並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納」等，顯與租稅法律主義不合，因此發生有財政部「系爭函釋」是否抵觸營業稅法有關之法律規定，並因而抵觸憲法第十九條所明定依法律納稅原則之疑義。

(二)聲請人對於前項疑義所持之見解。

(1)股利收入非屬營業稅法規定課徵營業稅範圍，自不應將其列入計算進項不得扣抵比例。

按營業稅法第一條規定：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」依此規定反面解釋，非在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，自非營業稅法規定課徵營業稅範圍。依現行營業稅法修正案新舊條文對照及說明，於第八條第一項第二十四款項下對照並列原營業稅法第六條第二十二款及第二十三款，並於其說明（二十八）稱：「依修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅列，爰予刪除。」（附件二）足見股利收入非屬營業稅法規定之課稅範圍，已甚明確。查「營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅。」亦為財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函所明釋。財政部為最高稅政機關，對於立法本意知之最稔，其所是認股利收入非屬營業稅課稅範圍，必有所據。再者非屬課稅範圍與免稅兩者亦有所不同。就營業稅法而言，非屬課稅範圍者，係指稅法之課徵不包括某種行為或收入；免稅者係指稅法之課徵涵蓋該種行為或收入，惟稅法賦予免稅之待遇。前者如股利收入，非金融業之利息收入等，為財務調度行為屬營業外收入；後者如營業稅法第八條第一項規定之銷售行為及第九條之進口行為，仍為營業收入，兩者涵義各

別，對象不同。據此，股利收入本即非屬銷售貨物或勞務，非營業稅法規定課徵營業稅範圍，自與營業稅法第八條第一項規定之免稅貨物或勞務之銷售額不同，當無將其列入計算不得扣抵比例問題，財政部「系爭函釋」規定：應將股利收入列入免稅銷售額申報，計算進項稅額不得扣抵比例，並據以調整稅額，併同繳納等，行政法院之確定終局判決且更進一步引申財政部「系爭函釋」謂：股利收入為銷售勞務之範圍等，其與營業稅法相關規定顯然抵觸，無待贅論。

- (2)兼營投資業務並非兼營營業人，應無「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用。

查「兼營營業人營業稅額計算辦法」第一條訂明：「本辦法依營業稅法（以下簡稱本法）第十九條第三項、第三十六條第一項及第四十一條第二項規定訂定之。」第二條第二項規定：「前項稱兼營營業人，指依本法第四章第一節規定計算稅額，兼營應稅及免稅貨物或勞務者，或兼依本法第四章第一節及第二節規定計算稅額者。」按營業稅法第十九條第三項、第三十六條第一項及第四十一條第二項均明定兼營同法第八條第一項免稅貨物或勞務者，其進項稅額不得扣抵比例及應繳納營業稅比例之計算辦法授權財政部訂定之。準此，依首揭條文足知所謂兼營營業人係指兼營營業稅法第八條第一項免稅貨物或勞務，或兼依營業稅法第四章第一節及第二節規定計算營業稅額者而言，至為明瞭。查股利收入既非營業稅法第八條第一項規定之免稅貨物或勞務，亦非營業稅法第四章第二節計算特種稅額之業務，自無「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用。查財政部「系爭函釋」規定，兼營投資業務營業人於年度結束時應將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，並依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納云云，顯以行政命令擴充法律規定，將非屬課稅範圍之股利收入解釋為營業稅法第八條第一項免稅之銷售行為，於法顯有未合。按股利收入與非金融業之利息收入

相同，為財務調度行為。非金融業之利息收入為財務調度行為，非屬勞務收入，應免列入課稅，分別為財政部七十五年七月十八日台財稅第七五五四四一四號函及七十七年九月十七日台財稅第七七〇六六一四二〇號函所釋示（見財政部稅制委員會編印八十一年版營業稅法令彙編二五頁、二二四頁）。同為非屬課稅範圍，非金融業之利息收入免予列入免稅銷售額計算不得扣抵比例，股利收入則應以免稅銷售額名義計算其不得扣抵比例，即已變相課徵股利收入之營業稅，其與營業稅法相關規定牴觸，彰彰明甚。

- (3)財政部「系爭函釋」與營業稅法相關規定牴觸，依憲法第十九條規定應為無效。

「人民有依法律納稅之義務」，「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律」，「關於人民之權利義務應以法律定之」，「應以法律規定之事項，不得以命令定之」，憲法第十九條、第一百七十條及中央法規標準法第五條第二款、第六條分別定有明文。據此，納稅為關於人民之義務，若無法律明文，不得向人民課以納稅之義務。依租稅法律主義，人民僅依法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期限等項而負納稅之義務，若法律無明文規定，縱符法律之目的，亦不得以比照方式或逕以命令訂定課徵款稅，迭經鈞院大法官會議釋字第二一七號、第一五一號及第二一〇號解釋在案。查營業稅之課徵範圍，營業稅法第一條訂有明文，即以在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物為限，而股利收入既非在中華民國境內銷售貨物或勞務，亦非進口貨物，自非營業稅法規定之課稅範圍，關此，有現行營業稅法修正案新舊條文對照及說明可資參據，並經財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函釋示可稽。按非屬課徵營業稅範圍與免徵營業稅不同，已詳前述。股利收入係屬非課徵營業稅範圍，並非營業稅法第八條第一項規定免徵營業稅之銷售貨物或勞務，因此無須報繳營業稅，更無列入計算進項不得扣抵比例問題，應無任何疑

義。然而財政部「系爭函釋」卻謂：「……俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之『免稅銷售額』申報，計算應納或溢付稅額，並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」等，其將股利收入當為「免稅銷售額」，並謂應依「兼營營業人營業稅額計算辦法」列入計算不得扣抵比例云云，顯然將非屬課徵營業稅範圍之股利收入視同營業稅法第八條第一項免稅銷售額，其非由於誤解法律所致，即係出於類推適用，與營業稅法相關規定牴觸，至為明顯，有違憲法第十九條租稅法律主義之本旨，依憲法第一百七十二條規定，應為無效，行政法院以之為判決之依據，亦當然無效。

(三)解決疑義必須解釋憲法之理由。

查憲法之解釋由司法院為之，憲法第一百七十三條定有明文；人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者得聲請解釋憲法，亦為司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所明定；本院依人民聲請所為之解釋，對於人民據以聲請之案件，亦有效力，確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，前經鈞院大法官會議釋字第一七七號、第一八五號解釋在案。聲請人七十八及七十九年度營業稅因適用法令錯誤溢繳稅款申請退還案件，原處分、訴願、再訴願決定及行政法院確定終局判決援用財政部「系爭函釋」為依據，而為不利聲請人之處分、決定或判決，不法侵害聲請人憲法上所保障之權利。而聲請人憲法上所保障之權利遭受不法侵害，唯有鈞院大法官會議解釋其違反憲法，始得據以救濟，爰此聲請解釋憲法。

(四)檢附關係文件名稱及件數。

- (1)行政法院八十二年度判字第八一八號判決影本乙份。
- (2)現行營業稅法修正案新舊條文對照及說明（有關部份）影本

乙份。

此 致

司法院

聲請人：潤0紡織股份有限公司

代表人：尹0樑

中 華 民 國 八 十 二 年 七 月 二 十 九 日

(附件一)

行政法院判決

八十二年度判字第八一八號

原 告 潤0紡織股份有限公司

(設略)

代 表 人 尹0樑 住同上

訴訟代理人 張0益 (住略)

被 告 台北市稅捐稽徵處

上當事人間因營業稅事件，原告不服財政部中華民國八十一年十二月二十八日台財訴第八一0四八五五八二號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告於民國八十一年五月十六日依稅捐稽徵法第四十八條之一規定，將七十八年及七十九年之股利收入列入當年度最後一期之免稅銷售額，並依兼營營業人營業稅額計算辦法規定，調整應納稅額，自動補報並補繳所漏稅款合計新台幣(下同)二、二一六、九三三元(含滯納金二八八、一五0、利息七、七八0元)，嗣復於八十一年六月五日向被告機關申請退還遭否准。原告不服，提起訴願及再訴願，遞遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨略謂：查原處分及一再訴願決定之所以否准退還系爭稅款等，無非均以財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋為依據，該函釋與營業稅法有關規定牴觸，應為無效。茲為

利於審理，特再詳陳理由如下：一、本件系爭股利收入非屬營業稅法規定課徵營業稅範圍，自與營業稅法第八條第一項規定之免徵營業稅尚有不同。按營業稅法第一條規定：「中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」依此規定反面解釋，非在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，自非營業稅法規定課徵營業稅範圍。依財政部七十六年六月四日台財稅第七五五八〇六七號函釋：「營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅。」準此，股利收入並非在中華民國境內銷售貨物或勞務，非屬營業稅法規定課徵營業稅範圍，事實甚明。再者，營業稅法第八條第一項規定之免徵營業稅，係指原屬在中華民國境內銷售貨物或勞務，規定其免徵營業稅，但其進項稅額則不得扣抵或退還，此見其立法理由而益明。據此，本件系爭股利收入本即非屬銷售貨物或勞務，亦非營業稅法規定課徵營業稅範圍，自營業稅法第八條第一項規定之免稅貨物或勞務之銷售額不同，當無將其列入計算不得扣抵比例問題，甚理至明，無待贅述。二、本件系爭股利收入非屬營業稅法第八條第一項規定之免稅貨物或勞務，亦非營業稅法第四章第二節規定特種稅額業務，應無「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用。查「兼營營業人營業稅額計算辦法」第一條訂明：「本辦法依營業稅法（以下簡稱本法）第十九條第三項，第三十六條第一項及第四十一條第二項規定訂定之」，第二條第二項規定：「前項稱兼營營業人，指依本法第四章第一節規定計算稅額，兼營應稅及免稅貨物或勞務者，或兼依本法第四章第一節及第二節規定計算稅額者。」觀之首揭規定可知所謂兼營營業人係指兼營營業稅法第八條免稅貨物或勞務，或因其他規定而有部分不得扣抵情形者，或兼營依營業稅法第四章第一節及第二節規定計算營業稅額者，至為明瞭。按本件系爭股利收入，既非營業稅法第八條第一項規定之免稅貨物或勞務，詳如前述，亦非營業稅法第四章第二節計算特種稅額之業務，自非「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用對象，無庸置疑。三、財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋與營業稅法有關規定牴觸，應為無效，據以所為之原處分及一再訴願決定，當然違法。查營業稅之課徵範圍，營業稅

法第一條訂有明文，即以在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物為限，而股利收入既非在中華民國境內銷售貨物或勞務，亦非進口貨物，自非營業稅法規定之課稅範圍，觀此，並有財政部七十六年六月四日台財稅第七五五八〇六七號函明釋在案。因此股利收入無須申報繳納營業稅，應無任何爭議，惟財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋卻謂：「年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額，並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納」。按股利收入非屬課徵營業稅範圍，並與營業稅法第八條第一項規定之免稅貨物或勞務不同，非「兼營營業人營業稅額計算辦法」適用對象，已詳前述，財政部上述函釋將股利收入誤為營業稅法第八條第一項之免稅貨物或勞務，並認有「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用，顯然與營業稅法有關規定牴觸，依憲法第一百七十二條規定，應為無效，據以所為之處分及一再訴願決定，當然違法。綜上所陳，原告依稅捐稽徵法第二十八條規定申請退還溢繳稅款等，於法並無不合，原處分否准退還，顯有違誤，一再訴願決定遞予維持，亦有未合，爰此狀請鈞院鑒核，賜准判決撤銷原處分及決定等語。

被告答辯意旨略謂：按「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如下：調整稅額 = (當年度進項稅額 - 當年依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額) × (1 - 當年度不得扣抵比例)。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依下列公式調整：調整稅額 = [當年度進口貨物（乘人小汽車除外）依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額] × 徵收率 × 當年度不得扣抵比例 - [當年度進口已納營業稅額（乘人小汽車除外） + 當年度購買勞務已納營業

稅額}。」分別為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項，第七條第一項、第二項所明定。又財政部七十七年七月八日台財第七六一一五三九一九號函釋規定：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」本件起訴理由略謂：「本件系爭股利收入非屬營業稅法第一條規定之課徵營業稅範圍，亦非屬營業稅法第八條第一項規定之免稅貨物或勞務，更非營業稅法第四章第二節規定特種稅額業務，則應無兼營營業人營業稅額計算辦法之適用，而財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋，卻將股利收入誤為營業稅法第八條第一項之免稅貨物或勞務，並認有兼營營業人營業稅額計算辦法之適用，顯然與營業稅法有關規定抵觸，依憲法第一百七十二條規定，應為無效，是以原告依稅捐稽徵法第二十八條規定申請退還溢繳稅款，並無不合。」等語。惟查原告雖係經營紡織，但因轉投其他營利事業於七十八年取得股利收入計二七、〇七四、四六二元，七十九年度計五九、三一三、三五二元，自應依財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函及兼營營業人營業稅額計算辦法之規定，將全年度之股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，並計算調整不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務之應納稅額，故原告於八十一年五月十六日依稅捐稽徵法第四十八條之一規定，將七十八年及七十九年之股利收入列入當年度最後一期之免稅銷售額，並依兼營營業人營業稅額計算辦法之規定，調整應納稅額，自動補報並補繳所漏稅額，合計二、二一六、九三三元（含滯納金二八八、一五〇元，利息七、七八〇元）於法並無不合，從而本處所屬大安分處否准原告申請退還上述稅款，亦無違誤，原核定敬請予以維持。綜上論結，原告之訴應認為無理由，請駁回原告之訴等語。

#### 理 由

按納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證明，申請退還 為稅捐稽徵法第二十八條

所明定。又本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例，係指各該期間免稅額銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如下：調整稅額 = 當年已扣抵之進項稅額 - ( 當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額 ) × ( 1 - 當年度不得扣抵比例 )。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依下列公式調整：調整稅額 = [ 當年度進口貨物 ( 乘人小汽車除外 ) 依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額 ] × 徵收率 × 當年度不得扣抵比例 - [ 當年度進口已納營業稅額 ( 乘人小汽車除外 ) + 當年度購買勞務已納營業稅額 ]。分別為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項，第七條第一項、第二項所明定。又財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將年股利收入彙總列當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納」本件原告係經營紡織業，但因轉投資其他營利事業於七十八年度取得股利收入計二七、〇七四、四七二元，七十九年度計五九、三一三、三五二元，自應依財政部前函及兼營營業人營業稅額計算辦法之規定，將全年度之股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，並計算調整不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務之應納稅額，故原告於八十一年五月十六日依稅捐稽徵法第四十八條之一規定，將七十八年及七十九年之股利收入列入當年度最後一期之免稅銷售額，並依兼營營業人營業稅額計算辦法之規定，調整應納稅額，自動補報並補繳所漏稅額，合計二、二一六、九三三元 ( 含滯納金二八八、一五〇元，利息七、七八〇元 ) 並無因適用法律錯誤，溢繳稅款情形，從而被告機關所屬大安分處否准原告申請退還上述稅款，揆諸稅捐稽徵法第二十八

條之規定，洵無違誤，訴願及再訴願決定遞予維持亦無不當。原告雖主張：本件系爭股利收入非屬營業稅法第一條規定之課徵營業稅範圍，亦非屬營業稅法第八條第一項規定之免稅貨物或勞務，更非營業稅法第四章第二節規定特種稅額業務，則應無兼營營業人營業稅額計算辦法之適用，而財政部七十七年七月八日台財第七六一一五三九一九號函釋，卻將股利收入誤為營業稅法第八條第一項之免稅貨物或勞務，並認有兼營營業人營業稅額計算辦法之適用，顯然與營業稅法有關規定牴觸，且與財政部七十六年六月四日台財字第七五五八〇六七號函釋意旨不合，依憲法第一百七十二條規定，應為無效，是以原告依稅捐稽徵法第二十八條規定申請退還溢繳稅款，並無不合。」等語。惟查原告係經營紡織業，其轉投資其他營利事業，取得股利，核屬營業稅法第一條規定之勞務範圍。原告所訴非屬該條規定之課徵營業稅範圍云云，自非可取。被告機關因依前開規定及辦法為否准申請退還稅款之處分，即無違反法律或牴觸憲法之可言。至於原告援引之財政部七十六年六月四日台財稅字第七五五八〇六七號函，乃係就專營或兼營投資業務之營利事業而言，與本案情形有間，自無引用之餘地。原告訴意旨難認有理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十二年四月二十九日

抄遠 0 紡織股份有限公司代表人徐 0 東聲請書

受文者：司法院

主旨：為聲請人因民國七十七年至至八十年度營業稅案件，歷經行政救濟程序，由行政法院判決確定，其適用法律及命令發生與憲法牴觸情事，嚴重損害憲法對於人民所保障之財產權及僅依法律納稅之權益，請依憲法有關規定及大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定予解釋澄清，以維憲法威信。

說明：本件聲請解釋事項，乃在財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號釋令及其所頒布之「兼營營業人營業

稅額計算辦法」與憲法規定有所牴觸，而行政院有關判決亦有違憲違法之情事，茲分述有關要點於后：

壹．聲請解釋憲法之目的 - 請求解釋事項：

按營利事業購買股票或投資其他營利事業所取得之「股利」，非屬營業稅法所規定在中華民國境內「銷售貨物或勞務，或進口之貨物」等應稅範圍，自始非屬營業稅課徵之標的。亦不屬營業稅法第八條、第九條所定免徵營業稅之項目，其「進項稅額」固自始不得申報扣抵或退還，但並無財政部所定「兼營營業人營業稅額計算辦法」（以下均簡稱「計算辦法」）之應用，財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號釋令規定將「股利收入」彙總列入當年度免稅銷售額申報，並依該部所定「計算辦法」計算應納稅額，併同繳納。實質上對股利收入課徵鉅額營業稅，與營業稅法明文規定意旨有所違背，與憲法第十九條所定課稅法律主義及第十五條所定對於人民財產權之保障亦有牴觸。該項釋令及「計算辦法」涉及股利課稅部分與憲法顯然牴觸，應認為無效，稽徵機關應就有股利收入之納稅人就股利部分之「進項稅額」，單獨核定劃分處理，確定免徵股利收入之營業稅，並將溢徵稅款發還納稅人。

貳．疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文：

按聲請人係經營紡織工業之營利事業，歷年均依法報繳營業稅。其間聲請人曾因投資而有「股利」之收入，因其並非營業稅法所定銷售「貨物」或「勞務」之行為，故並非營業稅課徵之標的。財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號釋函原已明示：「營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅。」其意旨與營業稅法明文亦尚相符。但嗣後則又公布台財稅第七六一一五三九一九號釋函，並訂定「兼營營業人營業稅額計算辦法」，責令將「股利收入」依該辦法納入免稅銷售額申報，合併計算課稅。遂致自民國七十七年度起至民國八十年度之四個年

度均大量溢徵營業稅，顯已違反憲法第十九條所定人民僅依法律納稅之明文、侵及憲法第十五條所保障之財產權，聲請人曾聲請退還此項違法徵收之稅款，經訴願、再訴願而提起行政訴訟，均被駁回，因認憲法所保障之權利，已受明顯之侵害。爰依大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，聲請解釋。

參．聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解：

一、按營業稅法第一條明定：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅」，其納稅範圍極為明確，共僅三種：

- (一)銷售貨物。
- (二)銷售勞務。
- (三)進口貨物。

營業稅法第三條第一項更明定「銷售貨物」之定義為「將貨物之所有權移轉與他人，以取得代價」，第二項明定：「銷售勞務」之定義，為「提供勞務與他人或提供貨物與他人使用、收益，以取得代價」，同法第五條又明定「進口貨物」之定義，因與本案無關，恕免引列（詳見附證一、「營業稅法」，其有關部分已以燐光筆指明）。本案系爭股利收入，與上述定義對照，則既非「銷售貨物」亦作「銷售勞務」，尤非「進口貨物」，其不屬課徵營業稅範圍，實不可能有任何爭執，此所以財政部七十六年台財稅第七五五八〇六七號釋函已明示非屬營業稅法規定之課稅範圍，具有完全相同之見解（詳見附證二、上述釋令原文）。

二、本案之基本困難，並進而造成違法及違憲之處理，其實亦導源於此項定義之爭執。蓋稽徵機關任意主張將「股利收入」納入營業稅課徵範圍，而行政法院予以維持，每件判決常越出財稅機關主張之範圍，而將投資之「股利收入」指為「銷售勞務」之一種，其用語幾乎完全相同。即謂：「經查原告係經營紡織業，因轉投資其他營

利事業，取得股利收入之性質，核屬營業稅法第一條規定之勞務範圍。」（詳見附證三至十、行政法院判決共八件）此一立論基礎，不惟無法律依據，且與立法本旨相反，其因而稽徵稅款，即屬顯然違背憲法所定對人民僅依法律納稅之保障。

本案似因稅法規定複雜，司法人員又未能詳細瞭解「股利」收入之本質以及營業稅法所為「銷售勞務」之定義，致生誤會。營業稅法第二項所明定「銷售勞務」之定義，須一方面「提供勞務」或「提供貨物與他人使用收益」，另一方面則取得「代價」。此時課稅乃以其「提供行為」為「營業行為」，並以之為課稅標的；其取得「對價」則為課稅之條件。以「股利」收入而論，其持有股票，乃投入資本而「收受」股票，性質上與「提供」「貨物」或「勞務」完全不同，「股利」則須俟發行股票之營利事業視其盈餘情形而為分配，亦非購買股票之「對價」，無論依文理或依法理，均不可能指為營業稅法第一條及第三條而稱之「銷售勞務」之行為。行政法院此項誤解，實深遺憾（請參閱附證一營業稅法有關條文）。

- 三、參照營業稅法之立法經過，則尤可證明前述法律明文，不容許有不同之解釋。蓋營業稅法在民國七十四年修正前曾以明文將「股利」列為免徵營業稅之項目。修正後之現行營業稅法，則在第八條免徵營業稅之款目中刪除「股利」一款，而其修正理由則謂：「依修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅列，爰予刪除」（詳見附證十一、立法院秘書處編印之「營業稅法修正條文對照表」）。依此意旨，「股利」根本非課徵營業稅之範圍，新法較舊法更為明確。稽徵機關依任何手段或藉口對股利課徵營業稅，均屬明顯違反立法意旨。

依據憲法第十九條租稅法定之原則，稅法解釋務從

嚴謹，如不能防微杜漸，容許財稅機關逐步曲解法律之意旨，將對人民之權益造成重大侵害。

財稅主管機關所公布之行政命令或法規，即使表面上並未指明對股利課徵營業稅，而事實上發生課稅實際效果者，亦均與法律本旨牴觸，依憲法第一百七十二條規定為無效，亦當然違背憲法第十五條所定對於人民財產權之保障。

四、關於財政部如何頒布釋令及訂定「計算辦法」，致在實質上變更前述七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號釋令並同時違反前述營業稅法明文，達成違法徵稅目的，則必須先瞭解營業稅法自七十四年十一月修正後，已將整個稅制更新，稱為「加值型」營業稅，其稽徵與計算方法亦完全不同。

- (一)舊制營業稅乃依廠商整個營業額按一定比率課徵營業稅，計算極為單純，並無取巧誤會之餘地。但每一貨物經原料商、生產廠商、批發商、中盤商、零售商，每次移轉均按售價增加一次稅負，則失之苛刻，且不公平。現行新制營業稅法，則貨物（原料或成品）在初次轉手時，已按其價格按一定比率（現為百分之五）課徵營業稅（理論上係由買受人買進貨物時負擔，故在買受人言，成為其「進項稅額」）。第二次轉手時，因其間經買受人加工或營運，售出價格較高（即所謂「加值」），仍按同一稅率計算稅負而成為其「銷售稅額」，但可將原買受時所負擔「進項稅額」扣除，而僅繳納其「差額」。以後每次轉手，進貨之買受人均同樣以前手已納總稅負為「進項稅額」，抵扣其銷售時之「銷項稅額」，僅繳納每次轉售中因加值所生之差額。如此計算納稅，總稅負不致因貨物轉手多次而重複，理論上比較合理。
- (二)由於營業稅不可能按每件貨物計算其稅負，遂使稽徵發生困難。蓋如百貨公司銷售數千百種貨物，每種每

件各有不同之「進項稅額」與「銷項稅額」，且本期進貨可能延至次年銷售，更有先進後銷、後進先銷，甚至呆存未銷情形，因此營業稅法為便於稽徵起見，乃責由每個廠商按期計算其整期全部銷貨之「銷項稅額」，再扣除其全部進貨之「進項稅額」，以其計算所得差額，為該期應繳納之營業稅額。因此，計算營業稅額時，在全期「銷項稅額」已確定後，如果可以扣抵之「進項稅額」愈大，則繳稅愈少，可以扣抵之「進項稅額」愈小，則繳稅愈多。核減「進項稅額」，即為核增營業稅額。

- (三)營業稅法為適應政策上之需要，亦曾於營業稅法第八條明定「貨物或勞務」之得免徵營業稅者，共達三十一款（第九條另定免稅進口貨物三款與本案無關，不贅列）。換言之，如果銷售此類免稅之貨物或勞務，即使有加值之盈餘，亦可免予繳納營業稅（所得稅乃另一問題，與此無關）。在此情形，因銷貨時無庸繳稅，並無「銷項稅款」，即使原有「進項稅額」，亦無從扣抵，更難容其申報「進項稅額」而主張退還。此在專營免稅貨物或勞務之銷售者，因其完全無銷項稅額，亦完全不能主張以進項稅額扣抵，並無計算上之困難，營業稅法第十九條第二項因此逕定為「不得申請退還」其進項稅額。但就兼營免稅貨物及應稅貨物或勞務之廠商，一方面曾就應稅貨物或勞務繳稅而有「銷項稅額」，另一方面，其購進「應稅」與「免稅」兩類貨物或勞務，均可能有「進項稅額」；其中屬於「應稅」部分原可於銷售時扣抵「銷項稅額」者，屬於「免稅」部分者則無可扣抵，將不易明確劃分而生計算應納稅額之困難。營業稅法第十九條第二項遂授權財政部另就「兼營第八條第一項免稅貨物或勞務者」訂定其「計算辦法」，以為稽徵或納稅之依據（請參閱附證一營業稅法有關條文）。

(四)財政部因而另訂「兼營營業人營業稅額計算辦法」，但其第三條之實質內容，並未直接訂明如何核定「進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例」，而係以「免稅銷售淨額」所占「全部銷售淨額」之比例為基礎，將整個「進項稅額」的同一比例排除不准扣抵「銷項稅額」之數字。（詳見附證十二、財政部發布及修正之「兼營營業人營業稅額計算辦法」）。因此造成銷售免稅貨物愈多時，可以扣抵之比例愈少，亦因而納稅愈多，與營業稅法所定免稅之宗旨相反。且因免稅貨物，於購入時原來較一般貨物僅有較低之「進項稅額」，在整個「進項稅額」中亦僅占極低比例，茲則依銷售額之較高比例，計算不准扣抵之數額，勢必將使營業人因購進應稅貨物或勞務時所繳納，原屬於可以抵扣之「進項稅額」亦因免稅貨物併入計算而被排除不准扣抵，大幅增加法律明定之稅負，無異將營業稅法原定屬於免稅之貨物銷售，予以課稅，因與母法抵觸，自屬違法。

(五)但查上述「計算辦法」之含有違法成分，並非本案請求解釋之核心問題，本案請求解釋之癥結，乃在營利事業購買股票或投資其他營利事業所取得之「股利」，根本非屬營業稅法所定之課徵標的，亦不屬於營業稅法第八條第一項所定免徵營業稅之項目，亦因而應無財政部所定「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用。茲財政部逕以七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號釋令規定，責令聲請人將股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額，並依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額併同繳納，遂構成變本加厲之雙重違法（詳見附證十三、財政部上述釋令）。換言之，上述釋令本身乃將營業稅法所規定範圍以外之「股利」，併入營業稅課

稅項目計徵營業稅，其違反租稅法律主義極為明顯。

且按財政部發布之兼營營業人營業稅額「計算辦法」，原係依營業稅法第十九條第三項之授權而訂定。但該項條文亦已指明係為營業人「兼營第八條第一項免稅貨物或勞務或因本法其他規定而有部分不得扣抵情形者」而為授權，因此股利收入既非營業稅法第八條第一項所定免稅款目，亦不涉營業稅法其他規定，即根本不屬該項「計算辦法」適用之範圍。並可由此證明財政部釋令使「股利」適用該辦法計徵營業稅乃自始與營業稅法意旨相牴觸，依憲法第一百七十二條：命令與法律牴觸者無效，其釋令亦與憲法意旨違反。

(六)本件稽徵機關違法之嚴重性，除因股利收入自始非營業稅法上所稱「銷售貨物或勞務」，與法律明文顯然牴觸外，更因股利收入數額較為龐大，而其進項稅額幾乎等於零，故將「股利收入」併入「免稅銷售淨額」計算時，使免稅「銷售淨額」及其所占全部銷售淨額之比例均大幅增加，並因依此較高比例之免稅銷售淨額，算出較高比例之不得扣抵之「進項稅額」，造成原屬於應稅貨物或勞務之「進項稅額」之可以扣抵「銷項稅款」者，亦轉為不得「扣抵」之範圍使扣抵後之差額（即應納稅額）大幅增加，使人民之稅負因將原非營業稅課稅標的之股利收入，加入併算結果，大量增加，自非營業稅法將股利收入排除於課稅範圍以外之本意。

(七)總之，本案違法及違憲情事，可以歸納為下列三點：  
1. 依營業稅法第一及第二條兩條之規定及定義，參立法院公報所載營業稅法修正理由，已可確實表明：「股利已非營業稅法課稅範圍」，修正法律時特別將其由原有營業稅法第八條所定免徵營業稅之條款中刪除，即可證明其亦非該條所定之免稅條

款。股利已非營業稅法任何條文所規定之內容，以任何計算方法予以課徵營業稅，均屬違法。財稅主管機關頒布之任何「辦法」或釋令，對股利課徵營業稅者，均屬違法而為無效，且違反憲法所定課稅法律主義之明文。

2. 營業稅法第十九條第三項規定「營業人因兼營第八條第一項免稅貨物或勞務……其進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例與計算辦法由財政部定之」，可見營業稅法第十九條所稱兼營營業人，乃限於兼營「第八條第一項免稅貨物及勞務」者而言，「股利」非屬營業稅法所稱「銷售貨物及勞務」，亦不屬第八條第一項免稅款目（乃立法當時特別刪除加以排除者，財稅機關不能諉為不知），財政部依營業稅法第十九條第三項授權所定「兼營營業人營業稅額計算辦法」，亦專為兼營第八條第一項免稅貨物或勞務而定，其意圖將其適用於股利收入而併算課稅，即超出法律授權範圍，將股利收入強指為銷售貨物或勞務亦屬明顯之違法，據以徵稅亦顯屬違反憲法課稅法律主義及保障人民財產權之規定。
3. 財政部所定「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條第一項所規定，以「免稅銷售淨額占全部銷售淨額之比例」計算營業稅法第十九條第三項進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例，因免稅貨物之進項稅額自始較低，無形中將銷售應稅貨物原應扣抵之進項稅額一併減除，不准依法扣抵，而增加人民之稅負，固屬違法；而將原非課稅標的之「股利收入」併入銷售淨額計算，以增加進項稅額不得扣抵比例則為更明顯的違法。財政部因事後瞭解此一違法現象，故已於民國八十一年修正其所定兼營營業人營業稅額計算辦法，增訂第八條之一、之二及之三等三個條文，准許兼營免稅貨物之營業人得改採「直

接扣抵法」，就所銷售之免稅或非免稅項目之貨物或勞務分別計算其進項稅額，而分別准否抵扣，將前述計算辦法之違法成分，予以改正，但對於修正前之違法稽徵並未解決。而將原非課稅標的之「股利收入」併入前述計算辦法予以規範納稅，亦仍屬違法，亟待解釋糾正。

#### 肆．關係文件之名稱及件數

(附證一) 營業稅法全文。

(附證二) 財政部釋令七十六年台財稅第七五五八〇六七號。

(附證三) 行政法院八十二年判字第一五〇號判決。

(附證四) 行政法院八十二年判字第一三五九號判決。

(附證五) 行政法院八十二年判字第一五八號判決。

(附證六) 行政法院八十二年判字第一二九〇號判決。

(附證七) 行政法院八十二年判字第一五一號判決。

(附證八) 行政法院八十二年判字第一一六〇號判決。

(附證九) 行政法院八十二年判字第二二〇五號判決。

(附證十) 行政法院八十二年判字第二五一號判決。

(附證十一) 立法院編印之營業稅法修正條文對照表。

(附證十二) 財政部發布及修正之「兼營營業人營業稅額計算辦法」。

(附證十三) 財政部七十七年台財稅第七六一一五三九一九號釋令。

#### 伍．特別聲請事項 - 敬請特別重視本件解釋案件

- 一、關於「租稅法律主義」始於英國一二一五年頒布之大憲章，為「人身自由」以外全世界憲政制度之重要成分，以保護人民之財產權，亦形成政府不能任意向人民課徵租稅之憲法基本原則。各國憲法沿習至今，我國憲法亦不例外。任何國家不能貫徹此類保障民權之基本條款者，憲法精神即告死亡。我國憲法賦與司法院以解釋憲法權責，亦係為保衛憲法而設。司法院宜有足夠之道德

勇氣，以貫徹憲法精神，並為司法機關之楷模。本案牽涉者非僅聲請人一個公司之稅負問題，事實上涉及無數納稅人憲法權利之保障，亦將影響財稅機關能否尊重法律，誠實執行法律尊重人民權益之問題，甚至影響人民對國家的向心力。敬請特別重視。

二、本案因涉及稅制較為繁雜，不易以書面詳述以使非稅務專才徹底瞭解案情，聲請人敬謹請求 鈞院考慮就本案邀請專家舉行公聽會或行公開辯論，以期有透明之處理，為公正解釋，並藉此宏揚憲政觀念。

聲 請 人：遠 0 紡織股份有限公司

法定代理人：徐 0 東

聲請代理人：李 0 律師

中 華 民 國 八 十 三 年 三 月 三 十 一 日

(附件十)

行政法院判決

八十二年度判字第二五一號

原 告 遠 0 紡織股份有限公司

(設略)

代 表 人 徐 0 東 住同上

被 告 台北市稅捐稽徵處

上當事人間因營業稅事件，原告不服財政部中華民國八十一年十月十三日台財訴第八一 0 三二八 0 六一號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告八十年度股利收入計新台幣(下同)九四一、一五九、四二四元，經依財政部民國七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋及兼營營業人營業稅額計算辦法規定併同繳納營業稅三一、七三七、四九五元，嗣又於八十一年二月十三日向被告機關所屬大安分

處申請退還營業稅計三一、七三七、四九五元，案經被告機關所屬大安分處於八十一年二月二十四日以北市稽安（甲）字第六六五〇號函復否准所請，原告不服，提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨及補充理由略謂：一、財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋（下稱系爭函釋）：兼營投資業務之營業人於年度取得之股利得暫免於各期申報，俟年終彙列當年度末期申報。惟其適法性確有問題，蓋觀諸前揭函釋稱「營業人取得之股利，核非營業稅法規定之課徵範圍 兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入，為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額，並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」其說明互有矛盾並抵觸營業稅法。茲說明如下（一）非屬課稅範圍者，應係指稅法之課徵，不包括某種所得或行為；免稅者，系指租稅之課徵涵蓋該種所得或行為，惟稅法賦予免稅之待遇，二者並不相同。系爭函釋先云：股利收入非屬營業稅法規定之課稅範圍；復云：應列為「免稅」銷售額。足見該函釋規定之矛盾及被告機關不明非屬課程範圍及免稅之不同。（二）現行營業稅之課徵，於營業稅法第一條即開示明義指出：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」可見現行營業稅之課徵，係對營業人之「銷售」行為及進口行為課稅，至於該「銷售」行為是否以營利為目的，在所不同。營業人轉投資於其他營利事業之行為所取得之股利，依營業稅法修正草案條文對照表之說明：「 股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅述，爰予刪除。」及修正之營業稅法第八條免徵營業稅之項目未包括股利收入（原修正前營業稅法第六條第二十三款即將股利列為免徵營業稅之項目）。其非屬營業稅法規定之課稅範圍，亦非屬免徵營業稅之項目，甚為明確。前者已為財政部(76)台財稅第七五五八〇六七號函釋所認同。營業人自投資行為所取得之股利，既非屬銷售貨物或勞務之代價，即無需課徵繳納營業稅。系爭函釋之規定，顯以行政命令擴充法律規定，將理財投資行為解釋為銷售行為，於法不合，

可見其一。（三）又系爭函釋，將股利收入列入免稅銷售額。所謂「銷售額」，依營業稅法第十六條之規定，為營業人銷售貨物或勞務所收取之全部代價，亦即由銷售行為而取得之代價。非專營投資業務之營業人轉投資於其他營利事業係為理財行為，其取得之股利收入既非因銷售行為所產生，自非屬所謂之「銷售額」。且探諸現行營業稅之課徵，分為應稅、免稅及零稅率，其中適用免稅規定者，業經法律明訂於營業稅法第八條所規定之銷售貨物或勞務。因投資行為而取得之股利收入並營業稅法第八條所規定之免稅收入。系爭函釋及再訴願決定，將非屬營業稅法規定之課稅範圍的股利收入，解釋為免稅銷售額，實未考慮轉投資行為非為銷售行為及其實質為非屬課稅範圍（而非免稅範圍），實係以行政命令擴充課稅範圍，違反營業稅法對銷售行為課徵之精神，可見其二。（四）又，現行加值型營業稅之課徵，係對銷售貨物或勞務加值部分課徵營業稅，對專營應稅營業人，其進項稅額，除營業稅法第十九條所規定不得扣抵項目外，餘皆可扣抵其銷項稅額；兼營營業人則按兼營比例計算可扣抵及不可扣抵比例；專營免稅者，則進項稅額全數不可扣抵。其目的乃在避免舊制營業稅重複課稅及稅上加稅之缺點，並避免課稅不公平之情形。系爭函釋將非屬課稅範圍之股利以免稅銷售額之名義來計算其不可扣抵之進項稅額，即已變相課徵股利收入營業稅，與營業稅法之原立法精神相違背，此其三。（五）「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用對象 - 兼營營業人，依該辦法第二條第二項之規定，係指依營業稅法第四章第一節規定計算稅額而兼營應稅及免稅貨物或勞務者；或兼依營業稅法第四章第一節及第二節規定計算稅額者。又稱免稅者，營業稅法第八條已明訂，惟未包括轉投資行為所產生之股利收入。系爭函釋，將股利列為免稅收入，規定應按「兼營營業人營業稅額計算辦法」計算不可扣抵之進項稅額，實已牴觸營業稅法及該辦法之規定。顯以行政命令變更稅法之規定，自應無效。可見其四。二、查原告係一紡織業者，所營業務僅限於紡織相關產品之製造與銷售及百貨之銷售等，均屬依營業稅法第四章第一節計算稅額之範圍。此外並無其他兼營業務。而產生股利收入之轉投資行為非屬營業稅法第三條及第四條所定義之銷售貨物或勞務，且不屬營業稅法第八條所規定之免稅貨物或勞

務之範圍；營業稅法令亦無第八條以外關於「轉投資、取得股利」屬免稅貨物或勞務之規定。是原告之「轉投資、取得股利」，尚不構成「兼營免稅貨物或勞務」，非該辦法所稱之兼營營業人。另依營業稅法第四章第二節所列應依該章節特種稅額計稅之業別計有三類：金融業、特種飲食業及小規模營業人等。原告為紡織（製造）業，非前揭依特種稅額計稅之業類，不屬依第四章第二節計稅之營業人，故亦非該辦法第二條第二項後段所稱兼依第四章第一節及第二節計稅之兼營營業人。是原告非兼營營業人，無「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用。其轉投資而取得之股利即無須列入免稅銷售額計算不可扣抵之進項稅額。三、如前所述，修正之營業稅法第八條規定之免徵營業稅之項目未包括股利收入，財政部(76)台財稅第七五五八〇六七號函釋亦明示：「營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍」。股利收入非屬營業稅課稅範圍，即非屬銷售額，故無需繳納營業稅。又依行為時「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條之規定，不得扣抵銷項稅額比例，係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額占全部銷售淨額之比例。依財政部前揭函釋，股利收入既非屬營業稅課稅範圍，依該辦法規定，於計算不得扣抵比例時，分子及分母皆不必列入計算。原告誤將股利收入列入計算，是為計算錯誤，又如依系爭函釋規定「須將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報」，並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定按當年度不得扣抵比例計算調整稅額併同繳納。」股利收入係屬免稅銷售額，應依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定計算不得扣抵比例。惟依行為時「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條之規定，依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算不得扣抵銷項稅額比例。倘股利如系爭函釋所釋，為免稅「銷售額」，則依該辦法之規定，投資應課徵證券交易稅之證券所取得之股利不需列入計算不可扣抵比例。原告取得之股利收入，其轉投資之證券，皆為依法應課徵證券交易稅之證券，投資該證券所取得之股利收入，財政部既認定為免稅銷售額，亦即為應課徵證券交易稅之證券之銷售額，依「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條之規定，於計

算進項不得扣抵比例時，亦不必列入計算。綜合而言，財政部(76)台財稅第七五五八〇六七號函釋規定，股利收入非屬銷售額（即非屬課徵範圍），而系爭函釋之規定，卻認為股利收入係屬免稅銷售額。姑不論前後釋令有矛盾不一致的情形，倘認為股利收入非屬銷售額，則無課徵營業稅之問題；倘認為股利收入係屬銷售額，則依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，於計算不得扣抵比例時，亦不必列入計算。今原告疏忽，誤將股利收入列入計算，致溢繳營業稅額，應得依稅捐稽徵法第二十八條規定退還該溢繳之稅款。四、財政部 76.4.4. 台財稅第七五五八〇六七號函之規定「營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅；營業人取得之股利，核非營業稅法規定之課稅範圍，專營投資業務取得之進項憑證所支付之進項稅額，應不得申報扣抵或退還。」及財政部 77.9.1.財稅第七七〇一一八六七〇號函之規定「公司專營投資業務，除股利收入外，目前既無應稅或零稅率銷售額，當期或當年度取得進項憑證所支付之進項稅額，依規定不得申報扣抵或退還。」均為原告所知。該等函釋係因專營投資業務之營利事業，其進項憑證所支付之進項稅額均非用於課稅之銷售額，故不得申報扣抵或退還。惟本案之重點在於原告用於經營應課稅銷售額而發生之進項稅額，不應因轉投資而取得股利，依系爭函釋之規定，將股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報計算應納或溢付稅額，變成不准扣抵，情況與前揭財政部函釋專營投資業務者不同，不應比照處理。現行加值型營業稅之課徵，其屬經營應稅或零稅率者，方有進項稅額可扣抵或退還。專營投資業務之公司，其進項稅額必皆為其為專營投資業務而產生，其因專營投資業務而取得之股利，因無應稅或零稅率之適用，其進項稅額自無可扣抵或退還，於法尚無不合。惟本案與專營投資業務者並不同。原告之轉投資，並非原告之經營業務，原告發生之進項稅額皆與原告所製造及銷售之紡織品、百貨等相關。依據加值型營業稅課徵之精神，原告所發生進項稅額應全數得以扣抵銷項稅額。被告機關未究事實而援引財政部(76)台財稅第七五五八〇六七號函及(77)台財稅第七七〇一一八六七〇號函之規定而認為原告應依系爭函釋之規定，計算調整，將用於經營應課

稅銷售額而發生之進項稅額變成不可扣抵之進項稅額，實屬率斷。違反租稅禁止類推適用之原則。五、綜上所述，憲法第一百七十二條規定：「命令與憲法或法律牴觸者無效」。中央法規標準法第十一條規定：「法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律」，系爭函釋，顯與憲法第十九條「人民依法律納稅」及營業稅法相牴觸，自應無效。其持該函見解所作之再訴願決定實為不適法。此外，該函釋未探究一分之股利不會產生同比例之進項之事實，而規定應依行為時「兼營營業人營業稅額計算辦法」計算調整不可扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務補繳進項稅額，顯嚴重扭曲進項稅額之歸屬，其適法性確有問題。為此提起本訴，請判決撤銷處分、訴願及再訴願決定，以維原告之權益等語。

被告答辯意旨略謂：一、按「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售額之比例，但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - (當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額) × (1 - 當年度不得扣抵比例)。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依左列公式調整：調整稅額 = 【當年度進口貨物（乘人小汽車除外）依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額】 × 徵收率 × 當年度不得扣抵比例 - 【當年度進口已納營業稅額（乘人小汽車除外） + 當年度購買勞務已納營業稅額】。」分別為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項、第七條第一項、第二項所明定。又財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額：並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計

算調整稅額，併同繳納。」本案原告因轉投資其他營利事業，於八十年度取得股利收入計九四、一五九、四二四元，自應財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋及兼營營業人營業稅額計算辦法之規定，將全年度之股利收入彙總列入當年度最後一期（即八十年十一月至同年十二月）之免稅銷售額申報，並計算調整不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務應納稅額計三一、七三七、四九五元，並無錯誤，是以本處所屬大安分處否准原告申請退還上述三一、七三七、四九五元營業稅款，並無違誤。二、綜上論結，原告之訴應認為無理由，請駁回其訴，俾維稅政等語。

#### 理 由

按「本辦法（即兼營營業人營業稅額計算辦法）所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例，係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業額辦理申報繳納，其計算公式如下：調整額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - （當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額）×（1 - 當年度不得扣抵比例）。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依下列公式調整：調整稅額 = [當年度進口貨物（乘人小汽車除外）依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額] × 徵收率 × 當年度不得扣抵比例 - [當年度進口已納營業稅額（乘人小汽車除外） + 當年度購買勞務已納營業稅額]。」兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項、第七條第一項、第二項定有明文。又「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」亦經財政部七十七年七月八日台財第七六一一五三九一九號函釋在案。財政部為中央財稅主管機關，基於職權，依據各有關稅法規

定及經驗法則所為上開函釋，該與憲法租稅法定主義及有關稅法之規定，並無牴觸，自可適用。本件原告經營紡織業，因轉投資其他營利事業，於八十年度取得股利收入計九四一、一五九、四二四元，經財政部上開函釋及兼營營業人營業稅額計算辦法規定辦理申報後，於八十一年二月十三日向被告機關所屬大安分處申請退還營業稅計三一、七三七、四九五元，被告機關所屬大安分處將之彙總列入當年度最後一期（即八十年十一月至同年十二月）之免稅銷售額申報，並計算調整後不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買外國勞務之應納稅額計三一、七三七、四九五元，因而否准所請，揆諸首揭法條及財政部函釋規定，並無違誤。原告起訴主張，營業人轉投資其他營利事業，所取得之股利收入，非屬營業稅法規定之課稅範圍，且股利收入非因銷售行為所產生，自非營業稅法第十六條規定之銷售額，而營業稅第八條亦已規定適用免稅之規定，因投資行為而取得之股利收入並非營業稅法第八條所規定之免稅收入，是股利收入既非營業稅法第八條所規定之免稅項目，倘營業人同時經營銷售應稅貨物或勞務及投資行為，並非兼營營業人營業稅額計算辦法所規定之兼營營業人，自不適用該辦法之規定，況其係一紡織業者，所營業務僅限於紡織相關產品之製造與銷售及百貨之銷售等，均屬依營業稅法第四章第一節計算稅額之範圍。此外並無其他兼營業務。而產生股利收入之轉投資行為非屬營業稅法第三條及第四條所定義之銷售貨物或勞務，且不屬營業稅法第八條所規定之免稅貨物或勞務之範圍；營業稅法令亦無第八條以外關於「轉投資、取得股利」屬免稅貨物或勞務之規定。是其「轉投資、取得股利」，尚不構成「兼營免稅貨物或勞務」，非該辦法所稱之兼營營業人，無「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用。系爭函釋與憲法及營業稅法相牴觸，自屬無效云云。第查因轉投資取得之股利，屬免稅銷售額之範圍，而原告經營紡織業，係依營業稅法第四章第一節規定計算稅額之營業人，其因轉投資其他營利事業，而取得股利收入，係屬「兼營營業人營業稅額計算辦法」第二條第二項所稱之兼營營業人，自有該辦法規定之適用，且財政部前揭系爭函釋與憲法租稅法定主義及有關稅法之規定，並無牴觸，已如前述，要無原告所稱與憲法及營業稅法牴觸而無效之可言，原告所為主張，尚無可採。訴

願、再訴願決定，遞予維持原處分，均無不合。原告起訴論旨，非有理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十二年二月十一日  
(本聲請書其餘附件略)

抄宏 0 電腦公司代表人施 0 榮聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第一項之規定，聲請解釋憲法（宣告命令牴觸憲法），並將有關事項敘明如下：

壹：聲請解釋憲法之目的

為八十一年度股利收入誤繳營業稅申請退還事件，懇請大院大法官會議惠予溯及既往解釋：財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函及八十二年三月十日台財稅第八二〇〇七六六九九號函均為自始即係違反法律及憲法之無效行政命令，俾資保障聲請人之財產權。

貳：疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文

一、憲法所保障之權利遭受不法侵害之事實，及涉及之憲法條文與所經過之訴訟程序。

1. 聲請人八十一年度股利收入三一、二、九九三、九二九元誤依行為時財政部八十一年八月二十五日修正公布「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條及第七條等「比例扣抵法」之規定，於報繳當年度最後一期營業稅時，先將非屬營業稅課稅範圍之股利收入併入計算兼營營業人「當年度不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例）」以調整稅額三、四一〇、八七〇元後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納。
2. 行政法院八十三年度判字第八三號原判決及八十三年度判字第一一五〇號再審判決所適用之財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函及八十二年三月十日

台財稅第八二〇〇七六六九九號函（以下統稱前引二財政部不法行政命令），均逾越營業稅法第一條及第八條之母法規定「課稅範圍」，復更牴觸大法官會議釋字第二一八號解釋「推計課稅應力求客觀、合理使與經驗定則相當，以維持租稅公平」之原則；致違反憲法第十五條、第十九條、第二十三條及第一百七十二條規定，而不法侵害聲請人受憲法保障之財產權。

二、確定終局裁判所適用之法律或命令之名稱及內容，及有關機關處理本案之主要文件及說明。

本案確定終局裁判即行政法院八十三年度判字第八三號原判決及其八十三年度判字第一一五〇號再審判決所適用之財政部不法行政命令如后：

1. 財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函：

兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。

2. 財政部八十二年三月十日台財稅第八二〇〇七六六九九號函：

營業人以所支付之進項稅額申報扣抵銷項稅額，應以其銷項屬於應稅者為限，銷項如為免稅者則不得申報扣抵；至於非屬營業稅課徵範圍者，既不屬營業稅法規範之對象，應無營業稅法有關扣抵規定之適用。若非屬營業稅課稅範圍之股利收入免予列入免稅銷售額計算不得扣抵進項稅額之比例，將使兼營投資業務營業人，所支付與股利收入有關之進項稅額均得全數扣抵其他銷項稅額，亦即股利收入適用零稅率，違反加值型營業稅之精神。

又為使兼營營業人營業稅額計算方式更為公平、合理

（亦即財政部強制營業人一律採用比例扣抵法，顯違租稅公平原則），本部已於八十一年八月二十五日以台財稅第八一一六七五六六〇號令發布修正「兼營營業人營業稅額計算辦法」部分條文，明定兼營營業人得自同年九月一日起，經向稽徵機關申請核准採用直接扣抵法，按貨物或勞務之「實際用途」計算進稅項額可扣抵銷項稅額之金額及進口貨物、購買國外勞務之應納稅額。因此，嗣後兼營投資業務之營業人，自可視其營業特性與需要，依上開修正條文規定辦理。

參：聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、對於確定終局裁判所適用之法律或命令，發生有牴觸憲法之疑義之內容，及聲請人對於前述疑義所持之見解。

(一)仰請參考立法院秘書處編印立法院公報法律案專輯第九十三輯財政（三）營業稅法修正案之第六頁及第三二頁、第三三四頁及第三五九頁、第四四五頁及第四七一頁（即附件一、附件二及附件三）有關股利既非營業稅課稅範圍更非免稅銷售額之立法本旨與精神。並仰請 大院依八十二年二月三日公布修正「司法院大法官審理案件法」第十三條之精神為公正合理之解釋。

(二)鑑定之聲請

敬請 大院指定經濟部商業司或財政部證券管理委員會為「鑑定人」，並以渠等對投資之專業知識，鑑定「股利收入並無進項營業稅額或其進項營業稅額之比例趨近於零」之經驗定則，以符合租稅公平原則及大法官會議釋字第二一八號解釋意旨。

(三)依立法院公報（即立法資料）所載立法機關代表民意立法之立法裁量與立法本旨而言：

1. 大法官解釋案件，應參考制憲、修憲及立法資料（即附件一、附件二及附件三之營業稅法修正草案），為八十二年二月三日公布修正「司法院大法官審理案件法」第十三條所明定。

2. 立法院公報之「立法資料」與「立法裁量」如后：

股利收入既非營業稅課稅範圍，亦非營業稅法第八條所逐項列舉之免稅銷售額範圍，為行政院七十三年十一月十日台七十三財字第一八四七六號函「營業稅法修正草案」、立法院財政委員會及全體立法委員於立法時所持續一致無異議明示惟一之立法本旨，更絕不容行政機關仁智見解之不同，而予否定。證諸立法院秘書處編印立法院公報法律案專輯第九十三輯財政（三）營業稅法修正案：壹、法律案之提出第六頁「營業稅法修正草案總說明」第六項第三款及第三二頁「營業稅法修正草案條文對照表」說明欄（附件一）；貳、法律案之審查第三三〇頁「立法院財政委員會審查報告」說明二第六項第三款及第三五九頁「營業稅法審查修正案、行政院修正草案、現行法條文對照表」說明欄（附件二）；參、法律案之討論第四四五頁立法院財政委員會七十四年六月十二日（七四）台財發字第〇五七號函說明二第（六）項第三款及第四七一頁「營業稅法審查修正案、行政院修正草案、現行法條文對照表」說明欄（附件三）等諸「立法資料」所明示「股利因不符新制營業稅精神，故自免稅項目中刪除」及「依修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅（即營業稅法第一條）之課稅範圍，是以無庸在此（免稅銷售額）贅列，爰予（自營業稅法第八條）刪除。」之立法本旨，其理至臻明確，根本無庸再行詮釋。

3. 亦即股利收入非屬營業稅法第一條規定之「課稅範圍」，且更非屬營業稅法第八條所逐項列舉之「免稅銷售額範圍」之立法本旨及法條明文，絕不容在學說上竟有諸說併存或行政機關有法律見解歧異之情形存在。
4. 是則任何違背本立法本旨及法條明文所為之行政命令自係當然違憲。

(四)依「特別規定應優先適用一般規定」之法理及立法機關之

立法本旨而言：

1. 按營業稅法第一條課稅範圍之定義，雖採概括主義而規定「在中華民國境內銷售貨物或勞務，均應依本法課徵營業稅。」，惟其概括之課稅範圍亦僅侷限於銷售貨物或勞務，而不包括非銷售貨物或勞務之行為，立法意旨至明，絕不容行政機關仁智見解之不同，而予否定。
  2. 依行政法院五十九判二二〇「特別規定應優先適用一般規定」之判例（附件四）意旨，股利收入因自始既非銷售貨物亦非銷售勞務，且立法機關復於營業稅法第八條立法本旨（請詳立法院公報如附件一、附件二及附件三）更明確積極特別規定「依修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此（免稅銷售額）贅述，爰予（自營業稅法第八條）刪除。」故依租稅法律主義及行政法院五十九判二二〇判例（附件四），前引二財政部不法行政命令均顯將股利收入誤為課稅範圍且更誤為免稅銷售額，而均顯然違背法律並逾越營業稅法母法規定範圍。
  3. 「查法律之解釋，旨在闡明法條之真意，使條文規定得為適當之應用，並無創設或變更法律之效力，故其解釋不得逾越立法本旨之範圍。」為行政法院六十一判一六九判例（附件五）所明釋。前引二財政部不法行政命令既一再逾越立法本旨（即股利非屬課稅範圍，更非免稅銷售額）之母法規定範圍，復並變更及擴張法律之效力而誤將股利違法視為課稅範圍中之免稅銷售額，是前引二財政部不法行政命令自皆屬牴觸法律而無效之行政命令。
- (五)依「列舉規定」、「概括規定」與「省略即故意之省略」之立法本旨與法條編排體系而言：
1. 營業稅法第八條（本條僅有逐項列舉條款，並無概括條款）並未將股利收入列舉為免稅銷售額之範圍，故股利收入依法自係與「兼營營業人營業稅額計算辦法」無

涉，更不容將之列入免稅銷售額計算進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例，是前引二財政部不法行政命令均顯然違背法律並逾越母法規定範圍。

2. 依「省略即故意之省略」、「列舉即排除」及「明示其一者即認為排除其他」之法理，股利收入既未經立法者於營業稅法第八條第一項明示逐項列舉為第三十一款「免稅銷售額」中之任何一種，且更為立法者所故意刪除不予贅列；又營業稅法第八條既並無概括條款（即無所得稅法第八條第十一款泛指「其他收益」如股本溢價之概括條款）；故自不得任由行政機關僅憑仁智見解之不同而逾越母法規定範圍，率爾遽將立法者故意拒絕列舉之股利收入擴張解釋並違法自行列舉為免稅銷售額範圍。綜上，前引二財政部不法行政命令自皆屬命令牴觸法律，法意至明。
3. 參諸貨物稅條例第二章應納貨物之範圍，因應稅貨物僅有逐項列舉條款，而無概括條款，故凡未經逐項列舉之貨物即非屬應稅貨物之範圍，而不容行政機關僅憑仁智見解之不同，而予否定（請詳附件六，大法官鄭健才君協同意見書）。援彼例此，即不容行政機關逾越母法規定範圍及立法本旨，遽將立法者故意自免稅銷售額列舉項目中省略之股利收入違法視為免稅銷售額，法理至明。
4. 查營業稅法第十九條第三項、第三十六條第一項、第四十一條第二項及「兼營營業人營業稅額計算辦法」第一條均一再再積極明文規定，僅限兼營營業稅法第八條所逐項列舉之免稅貨物或勞務，其進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例與計算辦法，始應依財政部所頒「兼營營業人營業稅額計算辦法」定之。次查「兼營營業人營業稅額計算辦法」第一條更亦一再明定該計算辦法之法源為營業稅法第十九條第三項、第三十六條第一項及第四十一條第二項。再查依「省略即故意之省略」、「列舉即

排除」、「明示其一者即認為排除其他」之法理。未查營業稅法第八條並無「概括條款」而僅有「列舉條款」。綜上，前引二財政部不法行政命令，均顯然以非法規之行政命令，逾越營業稅法第八條免稅銷售額之母法規定範圍與兼營營業人營業稅額計算辦法第一條所明定之適用範圍，而違反中央法規標準法第十一條及第五章法規之修正與廢止之規定，強將股利收入視為「免稅銷售額」範圍，並更違法將之併入計算進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例。

(六)參酌大法官會議第三一五號解釋之「立法裁量」而言：

1. 關於股利收入，應否列舉為「營業稅法第八條之免稅銷售額」或根本即不屬「營業稅法第一條之課稅範圍」，立法機關依租稅法律主義，得為合理裁量。（請惠予參酌釋字第三一五號解釋文本文，如附件六）。立法機關代表民意經由法律之整體設計，將股利收入定位為非屬營業稅課稅範圍，更非列舉之免稅銷售額，自有其兼顧社會利益之嚴肅意義在。（請詳大法官鄭健才君協同意見書第二項第（三）款，如附件六）。
2. 稅基如何開發，視民意而定，一經立法，不能僅憑仁智見解之不同，而予否定。（請詳大法官鄭健才君協同意見書第一項第（一）款，如附件六）。是則，營業稅法第八條既採「列舉主義」而非「概括主義」，故不在列舉之列之「股利收入」，絕不得僅憑行政機關仁智見解之不同，而違法違憲將之視為「免稅銷售額」。（請詳大法官鄭健才君協同意見書第一項第（一）款、第（二）款及第二項第（三）款，如附件六）。

(七)依「經驗法則」、「避免重覆課稅」與「誠信公平原則」而言：

1. 縱再退一萬萬步而言，凡事實上與股利收入有關之營業稅額，依「經驗法則」，幾乎百分之百皆係轉投資款資金成本（即利息支出），以利息支出所含之「毛額型金

融業特種營業稅額」，因是項毛額型金融業特種營業稅額依營業稅法規定不論何人皆不可扣抵銷項稅額，故當然必由投資人全額百分之百負擔此不可扣抵之毛額型金融業特種營業稅。此營業稅法規定與經驗法則，盡人皆知，豈容違法憑空否定。

2. 財政部對其前引二不法行政命令業已自行發覺有違誤之處，而自動依「經驗法則」，以「直接扣抵法較為公平、合理」為八十一年八月二十五日修正兼營營業人營業稅額計算辦法第八條之一之修正理由（如附件七），故此經中央財稅主管機關本於職權認定之經驗法則，更不容率爾否定。

又財政部於八十一年八月二十五日修正公布前，以行政命令一律強制營業人採用「比例扣抵法」，顯然違反經驗法則及大法官會議釋字第二一八號解釋意旨。

3. 「兼營營業人營業稅額計算辦法」中之比例扣抵法及前引二財政部不法行政命令，既均誤認事實，違反「經驗法則」，公然罔顧股利收入有關之營業稅額（即毛額型特種營業稅），已因依法全部皆不得扣抵，而必全部均歸投資人負擔之事實；且更逾越新制營業稅法母法規定範圍（即股利非屬營業稅之課稅範圍，亦非免稅銷售額），強將股利收入視為免稅銷售額計算不得扣抵進項稅額之比例，致違反誠信公平原則，而對重覆課稅（第一次為「毛額型」特種營業稅，第二次為「加值型」一般稅額不得扣抵比例之進項稅額）恣置不顧，任由聲請人負擔不合理之稅捐，不予救濟，不僅有違立法院代表民意制定法律之本意，亦顯有違稅法上之公平原則（附件八），更顯屬違憲與違法。
4. 再依「經驗法則」及「比例原則（禁止過當原則）」而言，因縱使營業人有取得股利收入之加值型可扣抵之進項稅額（如購買紙張、原子筆之進項稅額），依盡人皆知並符合事實之「經驗法則」，是類進項稅額占股利收

入之比例亦幾乎等於零。是則「兼營營業人營業稅額計算辦法」中之比例扣抵法及前引財政部二不法行政命令，除不僅違背立法機關之立法本旨外，更公然違背「經驗法則」、誤認事實，違反立法目的、誠信公平原則及比例原則。

- (八)營業人銷售「依法應課徵證券交易稅之證券」為營業稅法第八條第二十四款規定之「免稅銷售額」，而非應稅銷售額。故股票買賣時，賣方無庸依營業稅法第十四條第二項之規定，向買受人收取銷項營業稅額；而買受人亦無庸依營業稅法第十五條第三項之規定，支付任何進項營業稅。是則，買賣證券及取得股利收入皆於「法律上不能」有任何進項營業稅額之可言，法有明文，豈容行政機關空言否認。
- (九)財政部八十二年三月十日台財稅第八二〇〇七六六九九號函釋竟「無中生有」謂兼營營業人有（縱僅萬萬分之一亦強行謂「有」，顯然恣意違背比例原則）支付與股利收入有關之進項稅額，是該違法行政命令顯有消極的不適用營業稅法第八條第二十四款、第十四條第二項及第十五條第三項之違法，並顯有行政訴訟法第一條第二項規定「濫用權力之違法」。
- (十)股利收入依法並無任何進項營業稅之事實（亦為經驗法則），既為營業稅法本法第八條第二十四款、第十四條第二項及第十五條第三項等諸法條本文（皆無任何但書規定）所明文規定。故是項「法律上不能」之事實，已至為顯著。
- (十一)兼營股票投資之營業人於購進股票時，因股票價款本身即係「免稅銷售額」，依法無須支付任何營業稅給賣方。縱因兼營營業人於買入股票時須憑「紙與筆」書寫幾張文件，致難免亦微有購買「一支筆與幾張紙」之進項稅額，但是項紙與筆之進項稅額佔股利收入之比例亦必趨近於零。此「零比例」之事實（亦為經驗法則），既為股利收

入進項稅額比例（零比例）與一般營業收入進項稅額（約百分之五）之迥異之處，焉容行政機關恣意誤認事實。是則，股利收入亦於「事實上不能」有所任何進項稅額。

- (註)「凡人民未自行申報所得稅或提示證明文件者，稽徵機關得依『推計核定之方法』，估計納稅義務人之所得額時，應仍本『經驗法則』力求客觀、合理，使與納稅義務人之實際所得額相當，以維租稅公平原則」，為大法官會議釋字第二一八號解釋（附件九）所明示。

但財政部八十二年三月十日台財稅第八二〇〇七六六九九號函竟罔顧前述二比例（零比例與百分之五比例）迥異之事實與經驗定則，於計算股利收入不得扣抵進項稅額時，拒不採、更不容人民自行選擇「核實認定」之方法或「符合經驗定則，力求客觀、合理之推計核定方法」，而竟違法遽將股利收入列入「免稅銷售額」以方便（稽徵機關自己方便就好，課稅是否公平在所不問）計算不得扣抵比例及兼營營業人股利收入不得扣抵之進項稅額，致顯失客觀、合理，並有違租稅公平原則。

是則，前引二財政部不法行政命令均顯有不適用大法官會議釋字第二一八號解釋之違法及濫用權利（即違反行政法上之比例原則）之違法。

- (註)財政部不得獨對股利收入為特殊不公平及不利益之不法差別待遇。

- 1.「專營土地開發出售土地之營業人，其因開發土地所支付之進項稅額，依法不得申請退還」為財政部八十、十、十一台財稅第八〇〇三八二三七八號函（附件十）所明示；即財政部依經驗法則及大法官會議釋字第二一八號解釋之精神，釋示規定應採「核實認定法」而不採「比例扣抵法」。

土地之免稅銷售額不列入計算「進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例（即不得扣抵比例）」，復為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條所明定；即財政部認為土地

之免稅銷售額與股利收入均同無進項稅額或幾無進項稅額，故財政部基於「行政法上之比例原則」、經驗定則及大法官會議釋字第二一八號解釋之精神，明文同意兼營營業人出售土地之免稅銷售額有關之進項稅額應採「核實認定法」，而不准採用「比例扣抵法」計算不得扣抵之進項稅額，俾免違反租稅公平原則。

是則，財政部八十二年三月十日台財稅第八二〇〇七六六九九號不法行政命令獨對股利收入為特殊不公平及不利益之不法差別待遇，顯有違行政院五十判三二判例（附件十一）及行政院八十一年五月二十九日八十一年度判字第一〇〇六號判決（附件十二）之平等原則意旨，並更有濫用權力之違法。

2. 前述一支筆與幾張紙之進項稅額，縱為兼營營業人「所支付與股利有關之進項稅額」，但財政部既一向依加值型營業稅法修法本旨（附件一、附件二及附件三），同意營業人所支付與任何「地上物徵收補償、賠償收入、進口商因進口貨物加速卸貨而自運輸公司取得之快卸獎金及以公司名義領取之董監事酬勞金（附件十三、附件十四、附件十五及附件十六，均與股利收入同非屬營業稅課稅範圍）」有關之進項稅額均得全數扣抵其他銷項稅額，亦即地上物徵收補償費、賠償收入、快卸獎金及法人董監事酬勞金均「實質上適用零稅率」，而皆未違反加值型營業稅之精神，更未違反立法裁量。是則，依同一事實（股利收入、地上物補償費、賠償收入、快卸獎金及法人董監事酬勞金皆非屬營業稅課稅範圍）同一審理之「平等原則」而言，股利收入有關之進項稅額自應亦得全數扣抵其他銷項稅額。再依經驗法則而言，地上物徵收補償費、賠償收入、快卸獎金及法人董監事酬勞金有關之進項稅額必顯較股利收入有關之進項稅額為多，且法人董監事酬勞金亦深具提供勞務之事實，故依「舉重以明輕」之法理，股利收入有關之進項稅額更應

得全數扣抵其他銷項稅額。

是則，財政部前引二不法行政命令再次獨對股利收入為特殊不公平及不利益之不法差別待遇，顯有違行政院五十判三二判例（附件十一）及行政法院八十一年五月二十九日八十一年度判字第一〇〇六號判決（附件十二）之平等原則意旨，並更有濫用權力之違法。

(註)遍查營業稅法修正案（附件一、附件二及附件三）之立法理由均僅列示「凡列入免稅貨物或勞務，其進項稅額不得扣抵或退還」，而均並無「非屬營業稅課稅範圍」之收入，其進項稅額不得扣抵或退還之規定。

再遍查營業稅法皆未有「非屬營業稅課稅範圍之收入（如股利收入、地上物徵收補償費、賠償收入、快卸獎金及法人董監事酬勞金）」所支付有關之進項稅額不得全數扣抵其他銷項稅額之規定，故財政部八十二年三月十日台財稅第八二〇〇七六六九九號不法行政命令顯然違反立法者之「立法裁量及立法本旨」，更不符加值型營業稅之精神，並抵觸中央法規標準法第五條第二款「關於人民之權利、義務事項，應以法律定之」之規定，而為一無效之違憲行政命令。

(註)股利收入係營業人財務上之調度行為（即理財行為），而非屬銷售貨物或勞務之行為，故經立法機關立法裁量為「非屬營業稅之課稅範圍」。

1. 「依修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍」（請詳附件一、附件二及附件三），故依法條編排體系而言，股利收入自亦非屬「特種銷售額」，法意至明。
2. 「公司轉投資係屬公司之理財（財務上之調度）行為，尚不具備公司所營事業之性質」為經濟部八十年十一月十四日經（八〇）商二三〇二三六號函（附件十七）所明釋。
3. 原告為一專業製造電腦之科學工業且八十一年度全年營

業收入高達一二、二四二、五五三、八二一元，而股利收入僅三一、九九三、九二九元，約占全年營業收入之百分之二點五六。故股利收入為原告理財（財務上之調度）行為之收入，而非銷售貨物或勞務之收入，揆諸核實認定原則，其理至明。

4. 「銀行業、信託業及短期票券交易商以外之營利事業，買賣短期票券，係財務上之調度（即理財行為），非屬營業行為，該項利息收入免徵營業稅。」復為財政部六十七、一、二十五台財稅第三〇五二一號函（附件十八）所明釋。
5. 故股利收入依營業稅母法規定，既非銷售貨物或勞務，亦非「免稅銷售額」，更非「特種銷售額」；基於同一事實應為同一處理之「公平原則」及「舉重以明輕（附件十六）之法理」而言，自應予比照免徵（即免予課徵）任何營業稅。
6. 再遍查營業稅法「營業人開立銷售憑證時限表」範圍欄皆未將「股利」列入，故股利既非營業稅法第一條規定銷售貨物或勞務之範圍，亦非同法第八條規定「免稅銷售額」之範圍，更非依營業稅法第四章第二節規定計算稅額部份之「特種銷售額」，其理至臻明確。
7. 綜上所陳，財政部前引二不法行政命令均罔顧「立法院立法資料與立法裁量」與「司法院大法官審理案件法」第十三條之規定，並逾越營業稅母法規定範圍。

## 二、解決疑義必須解釋憲法之理由

本案財政部二不法行政命令因已違反營業稅法第一條及第八條、憲法第十五條、第十九條、第二十三條及第一百七十二條，及大法官會議釋字第二一八號解釋意旨，致使聲請人之財產遭受不法侵害。為此謹懇請 大院鑒核，賜准解釋憲法，宣告命令牴觸憲法，用保人民權益，實所企盼！

肆：所附關係文件名稱及件數

(一)立法院公報「營業稅法修正案」法律專輯，法律案之提出第六

頁及第三二頁。

- (二)立法院公報「營業稅法修正案」法律專輯，法律案之審查第三三四頁及第三五九頁。
- (三)立法院公報「營業稅法修正案」法律專輯，法律案之討論第四四五頁及第四七一頁。
- (四)行政法院五十九判二二〇判例。
- (五)行政法院六十一判一六九判例。
- (六)司法院大法官會議釋字第三一五號解釋文及大法官鄭健才君與大法官楊日然君之協同意見書。
- (七)財政部八十一年八月二十五日修正兼營營業人營業稅額計算辦法第八條之一之修正說明。
- (八)行政法院五十二判三四五判例。
- (九)司法院大法官會議釋字第二一八號解釋文。
- (十)財政部八十、十、十一台財稅第八〇〇三八二三七八號函。
- (十一)行政法院五十判三二判例及行政法院八十一年五月二十九日八十一一年度判字第一〇〇六號判決。
- (十二)行政法院八十一年五月二十九日八十一一年度判字第一〇〇六號判決（載於八十一年九月版司法院公報）。
- (十三)財政部七十五、七、二十一台財稅第七五四七〇三一號函。
- (十四)財政部七十五、八、十六台財稅第七五六一一九五號函。
- (十五)財政部八十三、五、十八台財稅第八三一五九四〇五五號函。
- (十六)財政部七十五、五、二十九台財稅第七五二四二二七號函。
- (十七)經濟部八十年十一月十四日經（八〇）商二三〇二三六號函。
- (十八)財政部六十七、一、二十五台財稅第三〇五二一號函。
- (十九)本案行政法院原判決。
- (二十)本案行政法院再審判決。
- (二十一)委任書正本。

謹 呈

司法院

聲請人：宏〇電腦股份有限公司  
代表人：施〇榮

代理人：陳世洋 會計師

中 華 民 國 八 十 三 年 九 月 三 十 日

(附件十九)

行政法院判決

八十三年度判字第八三號

原 告 宏 O 電腦股份有限公司

(設略)

代 表 人 施 O 榮 住同上

訴訟代理人 陳 O 洋 (住略)

被 告 新竹市稅捐稽徵處

上當事人間因營業稅事件，原告不服財政部中華民國八十二年十月六日台財訴字第八二一八八五三二九號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告因轉投資其他營利事業，於八十一年度取得股利收入計新台幣（下同）三一〇、九九三、九二九元，於申報當年度最後一期營業稅時，將系爭股利收入列入免稅銷售額申報，並繳納營業稅三、四一〇、八七〇元（含應留抵稅額二、〇三七、〇一七元及實繳稅額一、三七三、八五三元），嗣以股利收入既非銷售貨物，亦非提供勞務，更無營業稅法第八條之適用，主張其八十一年度最後一期營業稅申報，誤繳營業稅三、四一〇、八七〇元，向被告申請退還誤繳稅款，經被告函復否准，原告不服，提起訴願、再訴願，均遭決定駁回，遂提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨及補充理由略謂：一、依七十三年十一月行政院送立法院之營業稅法修正草案及立法院審議之立法資料，明示「股利因不符新制營業稅精神，故自免稅項目中刪除。」及「依修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此（免稅銷售額）贅列，爰予（自營業稅法第八條）刪

除。」之立法本旨及加值型營業稅立法精神，可知股利收入非屬營業稅法第一條規定之「課稅範圍」，且更非屬營業稅法第八條所逐項列舉之「免稅銷售額範圍」，絕不容在學說上竟有諸說併存或行政機關有法律見解歧異之情形存在。二、按營業稅法第一條課稅範圍之定義，雖採概括主義而規定「在中華民國境內銷售貨物或勞務均應依本法律課徵營業稅。」惟其概括之課稅範圍亦僅侷限於銷售貨物或勞務，而不包括非銷售貨物或勞務之行為，立法意旨至明，股利因自始既非銷售貨物亦非銷售勞務，且立法機關復於營業稅法第八條立法本旨更明確及特別規定「依修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此（免稅銷售額）贅述，爰予（自營業稅法第八條）刪除。」故依租稅法律主義及行政法院五十九年判字第二二〇號「特別規定應優先適用一般規定」之判例，原處分及原決定均屬違法。而財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函及八十二年三月十日台財稅第八二〇〇七六六九九號函（以下簡稱前引二財政部函釋）違反加值型營業稅之立法精神，逾越立法本旨（即股利非屬課稅範圍，更非免稅銷售額）之母法規定範圍，並變更及擴張法律之效力而誤將股利違法視為課稅範圍中之免稅銷售額，皆牴觸法律而無效。三、依「省略即故意之省略」、「列舉即排除」及「明示其一者即認為排除其他」之法理，立法者基於立法裁量，不將股利收入於營業稅法第八條第一項明示逐項列舉為三十一款「免稅銷售額」中之任何一種，且更故意刪除不予贅列：又營業稅法第八條並無概括條款，可知股利非營業稅法第八條第一項之免徵營業稅項目，即不應依財政部所頒「兼營營業人營業稅額計算辦法」定之。被告空言股利為免徵營業稅項目，又不能舉證，應受敗訴判決。營業稅法第八條既採列舉主義，而非概括主義，故不在列舉之列之股利收入，絕不得僅憑行政機關仁智見解之不同，而違法、違憲將之視為免稅銷售額。敬請參酌司法院大法官會議釋字第三一五號解釋、大法官鄭健才及楊日然之協同意見書。四、縱再退一萬萬步而言，凡事實上與股利收入有關入營業稅額，依「經驗法則」，幾乎百分之百皆係轉投資款資金成本（即利息支出），其所內含之「毛額型金融業特種營業稅額」，因是項毛額型金融業特種營業稅額

依法不論何人皆不可扣抵銷項稅額，故當然必由投資人全額百分之百負擔此不可扣抵之毛額型金融業特種營業稅，此經驗法則，盡人皆知，豈容憑空否定。前引二財政部函釋將股利收入視為免稅銷售額計算不得扣抵進項稅額之比例，有違誠信公平原則、比例原則，屬於違法、違憲。五、銀行業、信託業及短期票券交易商以外之營利事業，買賣短期票券，係財務上之調度（即理財行為），非屬營業行為，該項利息收入免徵營業稅。為財政部六七、一、二五台財稅第三〇五二一號函所明示。又公司轉投資係屬公司之理財（財務上之調度）行為，尚不具備公司所營事業之性質。為經濟部八十年十一月十四日經（八〇）商二三〇二三六號函所明釋。原告為一專業製造電腦之科學工業，且八十一年度全年營業收入高達一二、二四二、五五三、八二一元，而股利收入僅三一、九九三、九二九元，約占全年營業收入百分之二點五六。故股利收入為原告理財（財務上之調度）行為之收入，而非屬營業行為之收入，皆照買賣票券之事實，應免徵營業稅。遍查營業稅法「營業人開立銷售憑證時限表」範圍欄，皆未將「股利」列入，亦可證知。六、公司投資生產事業及企業，所派之投資代表，經選任為董監事後，以公司名義領取之車馬費及董監事酬勞金，核非因銷售貨物或勞務所取得之代價，不屬營業稅課稅範圍，可免開統一發票，免繳營業稅。為財政部七五、五、二九台財稅第七五二四二二七號函所明釋。依舉重以明輕之法理，股利收入僅以出資為唯一要件，無如董事監事酬勞金，車馬費之隱含有銷售勞務之意，更應認非屬銷售貨物或勞務之範圍。綜上所陳，原決定及原處分均嚴重違法，請判決為無效，不然則撤銷之等語。

被告答辯意旨略謂：一、按「納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證明，申請退還」為稅捐稽徵法第二十八條所明定。次按「本辦法依營業稅法第十九條第三項、第三十六條第一項及第四十一條第二項規定訂定之。」「兼營營業人當期應納或溢付營業稅額之計算公式如左：應納或溢付稅額 = 銷項稅額 - (進項稅額 - 依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額) × (1 - 當期不得扣抵比例)」「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應於當年度不得扣抵比例調整稅後，

併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - (當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額) × (1 - 當年度不得扣抵比例)」復為兼營營業人營業稅額計算辦法第一條、第四條及第七條第一項所規定。又「兼營投資業務之營業人所取得之股利收入，應列入免稅銷售額申報，並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』規定，計算調整應納稅額。說明：二、營業人以所支付之進項稅額扣抵銷項稅額，應以其銷項屬於應稅者為限，銷項如為免稅者則不得申報扣抵；至於非屬營業稅課稅範圍者，既不屬營業稅法規範之對象，應無營業稅法有關扣抵規定之適用。若非屬營業課稅範圍之股利收入免以列入免稅銷售額計算不得扣抵進項稅額之比例，將使兼營投資業務營業人，所支付與股利收入有關進項稅額均得全數扣抵其他銷項稅額，亦即股利收入適用零稅率，違反加值型營業稅之精神。」亦為財政部八十二年三月十日台財稅第八二〇〇七六六九九號函所釋示。二、本件原告八十一年度取得轉投資股利收入三一、九九三、九二九元，於申報當年度最後一期（八十一年十一月至同年十二月）營業稅時，將系爭股利收入彙總列入免稅銷售額，計算調整其不得扣抵之進項稅額，申報應納營業稅額三、四一〇、八七〇元。經核與首揭兼營營業人營業稅額計算辦法規定相合，亦無因適用法令錯誤或計算錯誤致發生溢繳稅之情事，從而本處函復否准原告退稅之申請，揆諸首揭稅捐稽徵法第二十八條規定，並無不合。三、查上開計算辦法係依營業稅法第十九條第三項、第三十六條第一項及第四十一條第二項之法律授權而訂定，而財政部前開函釋僅為就上開辦法第七條規定內容加以闡釋，其內容符合營業稅法授權之目的及範圍，既無牴觸、擴張、變更母法之處，自無違反或牴觸法律或憲法之情形，原告執詞指摘，顯係誤解。又與本案完全相似之遠東紡織公司，亦因轉投資的股利收入喪失抵減部分進項稅額，而遭到補繳營業稅之處分，該公司付先行繳稅，再循序提起行政救濟，嗣後經大院八十二年三月行政訴訟判決「企業轉投資股利屬於銷售勞務收入，是營業稅課稅範圍，財政部規定股利免營業稅，所以企業轉投資之股利收入，在相對由免稅股利所吸收之進項稅額部份自然不抵稅」。本件原告八十一年度全年股利收

入依首揭財政部函釋規定暨依算公式核算並繳納營業稅，並無不合。原告起訴無理由，請駁回之等語。

### 理 由

按營業稅法第一條規定：在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。又依同法第十九條第三項規定：營業人因兼第八條第一項免稅貨物或勞務，或因本法其他規定而有部分不得扣抵情形者，其進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例與計算辦法，由財政部定之。財政部據此所訂定並發布之兼營營業人營業稅額計算辦法，既有法律之授權，與母法亦無牴觸，自屬有效。該辦法第三條第一項前段規定：「本辦法所稱當期或當年度進項不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。」第四條規定：「兼營營業人當期應納或溢付營業稅額之計算公式如左：應納或溢付稅額 = 銷項稅額 - (進項稅額 - 依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額) × (1 - 當期不得扣抵比例)。」第七條第一項規定：「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - (當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額) × (1 - 當年度不得扣抵比例)。」自屬計算兼營營業人營業稅額之依據。本件原告於八十一年度取得轉投資股利收入三一、二九九、九二九元，於申報當年度取後一期（八十一年十一月至同年十二月）營業稅時，依財政部七七年七月八日台財稅第七六一一五三九九一九號函釋示「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得列入當年度最後一期之免稅銷售額申報」之意旨，並依上開辦法之規定，計算調整稅額，申報並繳納營業稅三、四一〇、八七〇，揆諸首開規定及說明，即非無據。其報繳營業稅所適用之法令並無錯誤，又無計算錯誤之情形，自不得請求退還已繳之該項稅款，乃申請退還，被告否准所請，經核並無不合。原告雖訴稱：公司轉投資乃理財行為，股利收入屬銷售勞務，亦非屬銷售貨物之行為，即非課營業稅範圍，更非免稅銷售額，前引二財政部函釋將股利

視為課稅範圍中之免稅銷售額，為違反營業稅法及憲法，自屬無效，原處分及一再訴願決定以該二函為據，均屬違法並違反經驗法則、誠信公平原則、比例原則云云。惟查營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，既非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅，則其兼營投資業務之營業人取得之進項憑證所支付之進項稅額，應不得申報扣抵或退還，此觀諸營業稅法第一條規定，為當然之解釋，復為財政部以七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函釋在案，適用迄今。尚不涉及股利收入是否屬營業稅法第八條規定免徵營業稅項目之問題。嗣財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函示：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」復以八十二年三月十日台財稅八二〇〇七六六九九號函釋示：「營業人以所支付之進項稅額申報扣抵銷項稅額，應以其銷項屬於應稅者為限，銷項如為免稅者，則不得申報扣抵；至於非屬營業稅課徵範圍者，既不屬營業稅法規範之對象，應無營業稅法有關扣抵規定之適用。若非營業稅課稅範圍之股利收入免予列入免稅銷售額計算不得扣抵進項稅額之比例，將使兼營投資業務營業人，所支付與股利收入有關之進項稅額均得全數扣抵其他銷項稅額，亦即股利收入適用零稅率，違反加值型營業稅之精神。」揆其意旨，即明示營利事業購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅課稅範圍，則此部分進項稅額，無從適用有關扣抵之規定，惟於計算兼營營業人營業稅額時，為方便將此部分列入免稅銷項額範圍，以計算其不得扣抵進項稅額之比例，而調整其稅額。上開函示既無認股利屬勞務所得，亦未將之列為免稅項目。原告指財政部上開函釋違反營業稅法第一條及第八條規定，容屬誤解法令。又上開台財稅第八二〇〇七六六九九號函僅重申財政部台財稅第七六一一五三九一九號函所示意旨，既無擴張、變更營業稅法第一條、第八條及第十九條第二項發定，雖財政部頒布在原告申報之後，其效力溯及有關法條公布時發生，財政部再

訴願決定予以援用，亦無違反法令不得溯及適用之原則可言。原告亦依上開函示意旨而報繳八十一年度股利收入之調整營業稅額，難謂適用上開函示有牴觸憲法、法律及違反租稅法定主義、經驗法則、誠信、公平原則、比例原則之情事。如上所述，財政部上開函示並未認定股利收入為營業收入，亦未將之列為免稅項目，是原告指財政部將股利收入列為營業收入，並適用免稅項目規定，有違大法官會議釋字第三一五號解釋協同意見書所稱立法既定，不能憑仁智飲不同見解而予以否定之情形云云，實有誤會。本件非認股利收入為勞務所得之營業收入，與財政部七五、五、二九台財稅第七五二四二二七號函示買賣短期票券之利息收入或領取董監事酬勞金及車馬費免予課徵營業稅之意旨無關，亦無牴觸經濟部八十年十一月十四日經（八〇）商二三〇二三六號函釋公司轉投資不具備所營事業之性質之可言。從而訴願、再訴願決定遞予維持原處分，均無不合。原告起訴意旨難謂有理由。應予駁回。本案事理已明，原告請求行言詞辯論，核無必要。據上論結，本件原告之訴為無理由。爰依行政訴訟法第二十六條後段判決如主文。

中華民國八十三年一月十七日  
（本聲請書其餘附件略）

抄亞〇水泥股份有限公司代表人徐〇東聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第一項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如下。

一、聲請解釋憲法之目的：

行政法院八十二年度判字第一二〇七號判決、八十二年度判字第二二二〇號判決、八十三年度判字第八〇三號判決及八十三年度判字第一七五一號判決（附件一）所適用之財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函及八十二年三月十日台財稅第八二〇〇七六六九九號函釋示有關非營業稅課稅範圍之全年度股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報並依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，按當年度不得扣抵比

例計算調整稅額，併同繳納，致增加法律所未規定之納稅義務，已嚴重違背憲法第十五條人民財產權之保障及第十九條租稅法定主義，應屬違憲無效。

## 二、本件事實經過：

緣聲請人因轉投資其他營利事業，於七十七年度、七十八年度取得股利收入，並於年度結束時，誤依財政部（七七）台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，溢繳營業稅，嗣經聲請人以該函釋無任何法律依據，違反租稅法定主義，依稅捐稽徵法第二十八條規定申請退還溢繳營業稅額並循序提起訴願、再訴願（附件二）均遭駁回，聲請人不服循序提起行政訴訟及再審，主張聲請人既非「兼營營業人」，而股利收入亦非「營業稅課稅範圍」且非屬「免稅銷售額」，依法應與財政部制定「兼營業人營業稅額辦法」無關，既然無關，則財政部七十七年台財稅第七六一一五三九一九號函釋顯然違背營業稅法第八條「免稅銷售額規定之範圍」且抵觸「兼營營業人營業稅額計算辦法」第一條所明定適用範圍。惟行政院援引財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函及八十二年三月十日台財稅第八二〇〇七六六九九號函，以聲請人取得之股利收入乃應列入「免稅銷售額範圍」計算其不得扣抵進項稅額之比例調整稅額，予以駁回。

## 三、聲請人對本案所持之立場與見解：

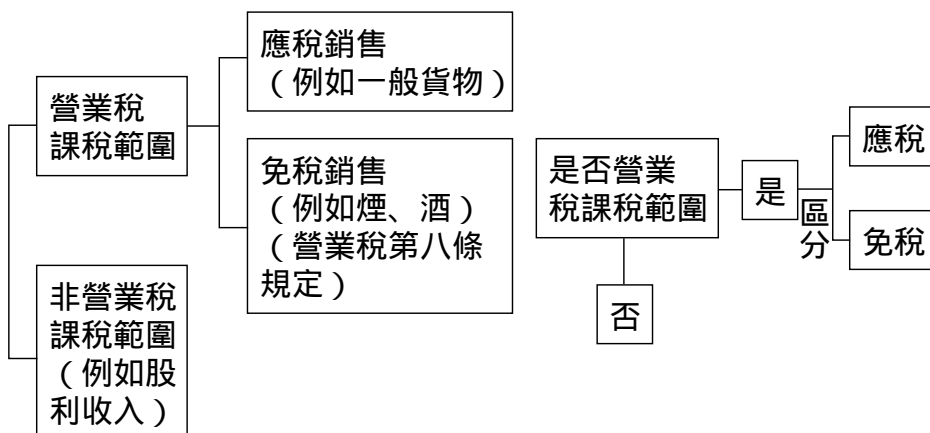
### （一）「股利收入」非營業稅課稅範圍

1. 按營業稅法修正草案條文對照表之說明：「營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅述，爰此刪除。」（附件三）。另依財政部賦稅法令研究審查委員會編印七十七年版營業稅法令彙編第十一頁明文刊載，營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅（附件四），該函釋列在營業稅法第一條，足見股利收入之性質，不但非屬銷售貨物，更非屬銷售勞務。

2. 回顧新制營業稅法剛公布時，財政部賦稅署曾於七十五年四

月十一日以台稅二發第七五二二〇二六號函規定：「投資其他營利事業所取得之股利免徵營業稅」（附件五）。又在財政部七十五年五月十四日台財稅第七五二三五六六號函「新制營業稅有關問題解答彙總表」中，針對專營轉投資營業人，其課稅方式之認定，依修正營業稅法「營業人開立銷售憑證時限表」並無轉投資之業別可資適用，可否比照信託投資業，按營業稅第四章第二節計稅？（按營業稅法第四章第二節係指銀行等業就銷售總額課稅），依財政部之解答，係應依照前述（七五）台稅二發第七五二二〇二六號函規定，股利免徵營業稅辦理（附件六）。由此可知，全國最高財稅主管機關財政部均認為股利不屬營業稅課稅範圍。財政部於八十三年五月二十日以台稅二發第八三一五九五四〇一號函覆聲請人，轉投資所取得之股利收入，非屬營業稅課稅範圍且非屬免稅銷售額可資證明（附件七）。

3. 股利收入係非營業收入，根本不會產生進項稅額，如需按「兼營稅額計算辦法」列入免稅銷售額計算不得扣抵進項稅額之比例，將產生不可扣抵進項稅額過大之不合理現象。另財政部官員早在七十七年九月三十日於歷史悠久稅法專業雜誌稅務旬刊第一三三二期「修正營業稅法答客問（八）」中，提及營業人投資上市公司股票，取得現金股利，應否列入兼營免稅計算，該答案為：「營業人一般股利，不在營業稅課稅範圍，故無所謂兼營問題。」（附件八）。由此可知，財政部也一直主張股利收入，不在營業稅課稅範圍。既然不在營業稅課稅範圍，則無所謂「應稅」「免稅」之分，更無適用「兼營營業稅額計算辦法」之餘地。
4. 綜上所述，轉投資其他營利事業取得股利收入，非屬營業稅課稅範圍，歷年來，一直是財稅機關指導納稅義務人之原則。惟行政法院判決一方面承認股利收入非屬營業稅課稅範圍，另一方面卻要將股利收入列入免稅銷售額範圍計算，不但相互矛盾且適用法規顯有錯誤。茲將「股利收入」非屬營業稅課稅範圍，更非「免稅銷售額範圍」，圖示如下：



換言之，首先，應判斷是否屬營業稅課稅範圍，如果是的話，再進一步區分是「應稅（銷售額）」或「免稅（銷售額）」。如果根本不屬營業稅課稅範圍（例如在國外銷售貨物；股利收入等等）則無需進一步區分銷售係屬「應稅」或「免稅」。本案系爭股利收入，既非營業稅課稅範圍（由圖示得知），根本非屬免稅銷售額，既非屬免稅銷售額，則無「兼營營業人營業稅額計算辦法」適用之餘地。

(二)「股利收入」非屬營業稅法第一條所規定之勞務範圍

按營業稅法第一條規定：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」同法第三條第二項規定：「提供勞務予他人，或提供貨物與他人使用、收益，以取得代價者，為銷售勞務。」。原告轉投資，依經濟部八十、十一、十四商二三〇二三六號函，係屬公司之理財行為，尚不具備公司所營事業之性質（附件六）。股利則是被投資公司所發給，究其性質既無提供勞務，更非提供貨物與他人使用、收益。因此股利收入，非屬營業稅法第一條所規定之勞務範圍。

(三)財政部七十七年台財稅第七六一一五三九一九號函及八十二年台財稅第八二〇〇七六六九九號函釋，違背租稅法定主義。

1. 按違背稅捐法定主義：憲法第十九條規定：「人民有依法律

納稅之義務。」此即為租稅法定主義，另中央法規標準法第五條第一款規定：「憲法或法律有明文規定，應以法律定之者」，及第二款規定：「關於人民之權利，義務者，均應以法律定之」。第六條亦規定「應以法律規定之事項，不得以命令定之」。根據以上法律規定人民有依法律納稅之義務，但無繳納稅法未規定之稅捐義務。

- 2.營業稅法第十九條第三項、第三十六條第一項、第四十一條第二項及「兼營營業人營業稅額計算辦法」（以下簡稱兼營稅額計算辦法）第一條均明文規定，僅限於兼營營業稅法第八條所規定免稅貨物或勞務，方適用財政部所發布之「兼營稅額計算辦法」。又「兼營稅額計算辦法」第一條即已開宗明義規定，該辦法之法律根源為營業稅法第十九條第三項、第三十六條第一項及第四十一條第二項。股利收入之性質，非屬營業稅課稅範圍，又營業稅法第八條逐項列舉免徵營業稅之貨物或勞務中並無「股利收入」，由此可見，股利收入既非營業稅課稅範圍，亦非屬「免稅銷售額」，依法應與財政部制定之「兼營稅額計算辦法」無關，既然無關，行政法院判決所適用財政部七七年台財稅第七六一一五三九一九號函釋及八十二年三月十日台財稅第八二〇〇七六六九九號函釋，顯然已逾越職權範圍，更違法擴張營業稅法第八條免稅銷售額之範圍且牴觸「兼營稅額計算辦法」第一條所明定適用範圍，將股利收入違法視為「免稅銷售額」範圍，併入進項稅額不得扣抵銷項稅額之計算公式中。課以人民稅法未規定之稅捐義務，顯然違背租稅法定主義。

(四)本件函釋違背憲法第十五條保障人民財產權規定：

如前述，股利收入既非營業稅課稅範圍，亦非屬營業稅法第八條規定之「免稅銷售額」，依法與「兼營營業人營業稅額計算辦法」無關，既然無關，本件財政部解釋函卻課以聲請人股利收入之營業稅，不僅違背憲法第十九條租稅法定主義，更因課稅侵害稅本，有違憲法第十五條保障人民財產權之意旨，而違反憲法第十五條之規定。

四、綜上所陳，本件行政法院八十二年度判字第一二〇七號判決、八十二年度判字第二二二〇號判決、八十三年度判字第八〇三號判決及八十三年度判字第一七五一號判決所適用之財政部七十七年台財稅第七六一一五三九一九號函及八十二年台財稅第八二〇〇七六六九九號函均有違反憲法第十五條保障人民財產權及違反憲法第十九條「租稅法定主義」規定，爰謹懇請 鈞院大法官會議惠予違憲審查，以維人民權益至為感禱。

附 件：

- 一、行政法院八十二年度判字第一二〇七號判決、八十二年度判字第二二二〇號判決、八十三年度判字第八〇三號判決、八十三年度判字第一七五一號判決。
- 二、訴願、再訴願決定書。
- 三、立法院公報「營業稅法修正案」法律案專輯第三五九頁（法律案之審查）。
- 四、財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函（財政部七十七年版營業稅法令彙編第十一頁）。
- 五、財政部賦稅署七十五年四月十一日台稅二發第七五二二〇二六號函。
- 六、財政部七十五年五月十四日台財稅第七五二三五六六號函「新制營業稅有關問題解答彙總表」。
- 七、財政部八十三年五月二十日台稅二發第八三一五九五四〇一號函。
- 八、七十七年九月三十日稅務旬刊第一三三二期「修正營業稅法答客問（八）」。
- 九、經濟部八十年十一月十四日商二三〇二三六號函。

此 致

司法院

聲請人：亞〇水泥股份有限公司  
代表人：徐〇東

中 華 民 國 八 十 四 年 十 月 日

( 附件一 ( 一 ) )

行政法院判決

八十二年度判字第一二〇七號

原 告 亞〇水泥股份有限公司

( 設略 )

代 表 人 徐〇庠 住同上

被 告 台北市稅捐稽徵處

上當事人間因申請退還溢繳營業稅事件，當事人不服財政部中華民國八十二年二月二十六日台財訴第八二一八九四三三六號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告因轉投資其他營利事業，於七十七年度取得股利計新台幣（下同）一、二六〇、九三五、〇五五元，並於年度結束時，依財政部七七台財稅第七六一一五三九一九號函釋及「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算調整當年度不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務應繳之進項稅額，共計繳納營業稅額二二、一二五、八〇七元，嗣經原告以財政部七七台財稅第七六一一五三九一九號函釋與營業稅法相牴觸，應屬無效，乃依稅捐稽徵法第二十八條規定請求退還其溢繳之營業稅二二、一二五、八〇七元，被告否准其所請，原告不服，遞經復查及一再訴願程序，均遭駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨略謂：一、財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋：兼營投資業務之營業人年度取得之股利暫免於各期申報，俟年終彙列當年度末期申報，惟其適法性確有問題。蓋觀諸前揭函釋稱「營業人取得之股利，核非營業稅法規定之課徵範圍 兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入，為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額，並依『兼營

營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」其說明互有矛盾並牴觸營業稅法。茲說明如下：

（一）非屬課稅範圍者，應係指稅捐之課徵，不包括某種所得或行為；免稅者，系指租稅之課徵涵蓋該種所得或行為，惟稅法賦予免稅之待遇，二者並不相同。前揭財政部該函釋先云：股利收入非屬營業稅法規定之課稅範圍；復云：應列為「免稅」銷售額。足見該函釋規定之矛盾及被告機關不明非屬課稅範圍及免稅之不同。（二）現行營業稅之課徵，於營業稅法第一條即開宗明義指出：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」可見現行營業稅之課徵，係對營業人之「銷售」行為及進口行為課稅。營業人轉投資於其他營利事業之行為所取得之股利，依營業稅法修正草案條文對照表之說明：「依修正修文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅述，爰予刪除。」及修正之營業稅法第八條免徵營業稅之項目未包括股利收入（原修正前營業稅法第六條第二十三款即將股利列為免徵營業稅之項目）。其非屬營業稅法規定之課稅範圍，甚為明確。財政部(76)台財稅第七五五八〇六七號函釋及(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋前段所稱「股利核非營業稅法規定之課稅範圍」，正與營業稅法規定相符。營業人自投資行為所取得之股利，既非屬營業稅法規定之課稅範圍，自無需繳納營業稅。財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋後段規定，兼營投資業務之營業人，於年度結束時，應將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，並依兼營營業人營業稅額計算辦法之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，該項規定顯以行政命令擴充法律規定，將營業稅法第八條規定之免稅項目擴充解釋包括股利收入，進而縮短可扣抵進項稅額，於法不合，此其一。（三）又財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將股利收入列入免稅銷售額。所謂「銷售額」，依營業稅法第十六條之規定，為營業人銷售貨物或勞務所收取之全部代價，亦即由銷售行為而取得之代價。非專營投資業務之營業人轉投資於其他營利事業，為投資理財行為，其取得之股利收入，既非因銷售貨物或勞務行為所產生，自非屬所謂之「銷售額」。且探諸現行營業稅之課徵，分

為應稅、免稅及零稅率，其中適用免稅規定者，業經法律明訂於營業稅法第八條所規定之銷售貨物或勞務，法律規定之免稅範圍為課稅之例外，為列舉規定，行政機關未經法律授權不得任意擴張解釋。因投資行為而取得之股利收入並非營業稅法第八條所規定之免稅項目。財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋及再訴願決定理由三，將非屬營業稅法規定之課稅範圍的股利項目，解釋為課稅範圍之免稅銷售額，未考慮轉投資行為非為銷售行為及其實質為非屬課稅範圍（而非免稅範圍），實係以行政命令擴充課稅範圍，違反營業稅法對銷售行為課徵之精神，此其二。（四）又，現行加值型營業稅之課徵，係對銷售貨物或勞務加值部分課徵營業稅，對專營應稅營業人，其進項稅額，除營業稅法第十九條所規定不得扣抵項目外，餘皆可扣抵其銷項稅額。兼營營業人則按兼營比例計算可扣抵及不可扣抵比例。專營免稅者，則進項稅額全數不可扣抵。其目的乃在避免舊制營業稅重複課稅及稅上加稅之缺點，並避免課稅不公平之情形。系爭函釋將非屬課稅範圍之股利以免稅銷售額之名義來計算不可扣抵之進項稅額，且未考慮及股利收入並不會產生進項稅額之事實，即已變相課徵股利收入營業稅，與營業稅法之原立法精神相違背，此其三。（五）「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用對象 - 兼營營業人，依該辦法第二條第二項之規定，係指依營業稅法第四章第一節規定計算稅額而兼營應稅及免稅貨物或勞務者；或兼依營業稅法第四章第一節、第二節規定計算稅額者。又稱免稅者，營業稅法第八條已列舉明訂，惟未包括轉投資行為所產生之股利收入。財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將股利列為免稅銷售額，規定應按「兼營營業人營業稅額計算辦法」計算不可扣抵之進項稅額，實已牴觸營業稅法及該辦法之規定。顯以行政命令變更稅法之規定，自應無效。此其四。查原告係一水泥業者，所營業務僅限於水泥相關產品之生產與運銷及造林業務之經營（附件八）等，均屬依營業稅法第四章第一節計算稅額之範圍。此外並無其他兼營業務。而產生股利收入之轉投資行為非屬營業稅法第三條及第四條所定義之銷售貨物或勞務，且不屬營業稅法第八條所規定之免稅貨物或勞務之範圍；營業稅法亦無第八條以外關於「轉投資、取得股利」屬免稅貨物或勞務之規定。是原告

之「轉投資、取得股利」，尚不構成「兼營免稅貨物或勞務」，非該辦法所稱之兼營營業人。另依營業稅法第四章第二節所列應依該章節特種稅額計稅之業別計有三類：金融業、特種飲食業及小規模營業人等。原告為水泥（製造）業，非前揭依特種稅額計稅之業類，不屬依第四章第二節計稅之營業人，故亦非該辦法第二條第二項後段所稱兼依第四章第一節及第二節計稅之兼營營業人。是原告非兼營營業人，無「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用。其轉投資而取得之股利即無須列入免稅銷售額計算不可扣抵之進項稅額。二、如前列第一項第二款所述，修正之營業稅法第八條規定之免徵營業稅之項目未包括股利收入，財政部(76)台財稅第七五五八〇六七號函釋亦明示：「營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍」。股利收入非屬營業稅課稅範圍，即非屬銷售額，故無需繳納營業稅。又依行為時「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條之規定，不得扣抵銷項稅額比例，係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額占全部銷售淨額之比例。依財政部前揭函釋，股利收入既非屬營業稅課稅範圍，依該辦法規定，於計算不得扣抵比例時，分子及分母皆不必列入計算。原告誤將股利收入列入計算，是為計算錯誤，又如依財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函規定「須將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定按當年度不得扣抵比例計算調整稅額併同繳納。」惟依行為時「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條之規定，依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算不得扣抵銷項稅額比例。倘股利如財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函所釋，為免稅「銷售額」，則依該辦法之規定，投資應課徵證券交易稅之證券所取得之股利不需列入計算不可扣抵比例。原告取得之股利收入，其轉投資之證券，皆為依法應課徵證券交易稅之證券，投資該證券所取得之股利收入，財政部既認定為免稅銷售額，亦即為應課徵證券交易稅之證券之銷售額，依「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條之規定，於計算進項不得扣抵比例時，分子及分母亦可不必列入計算。綜合而言，財政部(76)台財稅第七五五八〇六七

號函釋規定，股利收入非屬銷售額（即非屬課徵範圍），而財政部(77)台財稅第七六一—五三九—九號函之規定，卻又規定股利收入係屬為課稅範圍內之免稅銷售額。姑不論前揭釋令有矛盾不一致之情形，倘認為股利收入非屬銷售額，則無課徵營業稅之問題；倘認為股利收入係屬銷售額，則依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，於計算不得扣抵比例時，亦不必列入計算。今原告疏忽，誤將股利收入列入計算，致溢繳營業稅額，應得依稅捐稽徵法第二十八條規定退還該溢繳之稅款。三、綜上所述，憲法第一百七十二條規定：「命令與憲法或法律牴觸者無效」。中央法規標準法第十一條規定：「法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律」財政部(77)台財稅第七六一—五三九—九號函釋，顯與憲法第十九條「人民依法律納稅」及營業稅法相牴觸，自應無效。請將再訴願決定、訴願決定及原處分均撤銷等語。

被告答辯意旨略謂：按「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售額之比例，但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - （當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額）×（1 - 當年度不得扣抵比例）。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依左列公式調整：調整稅額 = [當年度進口貨物（乘人小汽車除外）依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額] × 徵收率 × 當年度不得扣抵比例 - [當年度進口已納營業稅額（乘人小汽車除外） + 當年度購買勞務已納營業稅額]。」分別為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項，第七條第一項、第二項所明定。又財政部七十七年七月八日台財稅第七六一—五三九—九號函釋「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年

度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額：並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」本案原告係經營水泥業之營業人，因轉投資其他營利事業於七十七年度取得股利收入計一、二六〇、九三五、〇五五元，自應自依財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋及兼營營業人營業稅額計算辦法之規定，將全年度之股利收入彙總列入當年度最後一期（即七十七年十一月至同年十二月）之免稅銷售額申報，並計算調整不得扣抵之進項稅額進口貨物及購買國外勞務之應納稅額，是以本件原告並無適用法規錯誤之情事。至兼營營業人營業稅額計算辦法第三條但書，係規定依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算不得扣抵比例，惟本件原告係取得轉投資之「股利收入」，並非係取得課徵證券交易稅之證券之銷售額，故依法計算調整應納稅額，亦無計算錯誤之情事，從而本處否准原告申請退還系爭稅額，並無不合，敬請予以維持。又類此案件，遠〇紡織股份有限公司申請退還溢繳營業稅事件，業經大院別以八十二年度判字第一五〇號、一五八號及二五一號判決駁回確定在案，原告之為無理由，請駁回其訴等語。

#### 理 由

按「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」營業稅法第一條定有明文。以營利為目的之公司因轉投資其他營利事業取得股利行為，係屬勞務者範疇，又「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - （當年度進項稅額 - 當年依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額）×（1 - 當年度不得扣抵比例）。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依左列公式調整：調整稅額 = 〔當年度進口貨物

(乘人小汽車除外)依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額) × 徵收率 × 當年度不得扣抵比例 - [當年度進口已納營業稅額(乘人小汽車除外) + 當年度購買勞務已納營業稅額]。」復為行為時兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項、第七條第一項、第二項所明定。本件原告七十七年度取得之轉投資股利一、二六〇、九三五、〇五五元，被告依規定將收入彙總列入最後一期(七十年十一月至同年十二月)之免稅銷售額申報，並計算調整其不得扣抵之進項稅額及進口貨物購買國外勞務之應納稅額計二二、一二五、八〇七元，揆諸首揭法條規定及說明，尚非無據。原告雖指稱，財政部七六台財稅第七五五八〇六七號函釋規定，股利收入非屬銷售額，而財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋卻認為股利收入係屬免稅銷售額。故不問財政部上開前後釋令矛盾不一情形，倘認股利收入非屬銷售額，則無課徵營業稅之問題；如認為股利收入係銷售額，則依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，於計算不得扣抵比例時，亦不必計算，今原告誤將股利收入列入計算，致溢繳營業稅額，應得依稅捐稽徵法第二十八條規定申請退還該溢繳之稅款。按法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律，命令與憲法或法律牴觸者無效，中央法規標準法第十一條、憲法第一百七十二條均有明定，財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋顯與憲法第十九條「人民依法律納稅」及營業稅法相牴觸，自應無效。乃被告及一再訴願決定機關未審及此，原告殊難甘服云云。經查原告係經營水泥業，因轉投資其他營利事業於七十七年度取得股利收入之性質，核屬營業稅法第一條規定之勞務範圍，其營業稅額之計算，兼營營業人營業稅額計算辦法第三條、第七條業經明文規定如上述。財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋僅為就兼營營業人營業稅額計算辦法第七條規定內容加以闡釋，既無牴觸、擴張、變更母法或營業稅法之規定，自無違反或牴觸法律或憲法之可言，原告此部分主張，顯係誤解法令之所致。而財政部七十六台財稅第七五五八〇六七號函規定與同部七十七年台財稅七六一一五三九一九號函前後規定不一致部分，縱屬事實，仍應以營業稅法及兼營營業人營業稅額計算辦法規定為準。次按依行為時稅捐稽徵法第二十八條規定申請退還稅款者，係

以納稅義務人對被告因適用法令錯誤或計算錯誤致發生溢繳稅款者為要件。本件被告依規定計算調整原不得扣抵之進項稅額及進口貨物暨購買國外勞務之應納稅額，既無適用法規錯誤或計算錯誤情事，從而被告否准原告申請退還系爭稅額，亦無不合。綜上觀之，原處分並無違誤，一再訴願決定遞予維持，均無不合，原告起訴論旨，難謂有理，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 二 年 六 月 十 日

（本聲請書其餘附件略）

抄遠 O 建設股份有限公司法定代理人張 O 高聲請書

受文者：司法院

聲請事項：為聲請人因民國七十七年至八十年度營業稅案件，受行政院八十二年判字第二二六一號確定判決，其適用違憲法令之結果，違反憲法第十五條、第十九條、第一七二條等規定，侵害聲請人受憲法保障之依法納稅等權益，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款、第八條之規定，聲請鈞院大法官會議解釋。

說 明：

#### 壹、聲請解釋憲法之目的

- 一、營利事業購買股票或投資其他營利事業所取得之其他營利事業配發之「股利」，不在營業稅法第一條所定「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物」之課稅範圍內，自始非屬營業稅課徵之標的；亦不屬營業稅法第八條、第九條所定免徵營業稅之項目，財政部七七、七、八台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定將「股利收入」彙總列入當年度免稅銷售額申報，並依財政部所訂「兼營營業人營業稅額計算辦法」計算應納營業稅額，併同繳納，實質上對股利課徵鉅額營業稅，與營業稅法

第一條、第八條、第九條之明文規定牴觸，違反憲法第十九條依法課稅之原則及第十五條保障人民財產權之意旨。

二、財政部七七、七、八台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將股利歸為免營業稅項目，並依據「兼營營業人營業稅額計算辦法」計算應納營業稅額，該項函釋顯與營業稅法、憲法之明文規定牴觸，依憲法第一七二條，應認為無效，稽徵機關應將命聲請人依無效函釋溢繳之營業稅款退還聲請人。

貳、疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文

一、聲請人為經營營建業務之營利事業，民國七十七年至八十年間，積極從事「遠0中心」建造工程（遠0中心於八十二年完工），投入大量成本，故有鉅額進項稅額發生。

二、同一期間，聲請人因轉投資其他營利事業，獲有其他營利事業所配發之股利，稽徵機關依財政部七七、七、八台財稅第七六一一五三九一九號函釋及「兼營營業人營業稅額計算辦法」，將股利收入納入免稅銷售額申報，合併計算課稅，導致此一期間（民國七十七年至八十年），聲請人不得扣抵之進項稅額大幅增加，連帶使銷項稅額扣減進項稅額後之差額（即應納稅額）大幅增加，使原來不屬營業稅法課徵標的之股利收入，因加入合併計算課徵營業稅之結果，致聲請人應納之營業稅額大幅增加。

三、聲請人認財政部上述函釋規定業已違反營業稅法及憲法第十五條、第十九條、第一七二條等規定，案經聲請人聲請退還溢繳之營業稅，經訴願（參見「附件一」、再訴願（參見「附件二」）、行政訴訟（參見「附件五」、「附件六」），均被駁回，因認憲法保障之權利已受侵害，爰聲請鈞院大法官會議解釋。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、股利非屬營業稅法課徵標的，自始不在課稅範圍內，將股利收入免稅銷售額中，計算應納或溢付營業稅額，違反營業稅法立法意旨。

(一)營業稅法第一條規定：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅」，據此可知營業稅之納稅範圍僅有「銷售貨物」、「銷售勞務」、「進口貨物」三種。營業稅法更進而明定「銷售貨物」為「將貨物之所有權移轉與他人，以取得代價」（第三條第一項，並參考同條第三項、第四條第一項）；「銷售勞務」為「提供勞務與他人，或提供貨物與他人使用、收益，以取得代價」（第三條第二項，並參考同條第四項、第四條第二項）；「進口貨物」則指有第五條之情形者（以上條文參見「附件三」營業稅法全文）。本案系爭股利收入，與營業稅法上述定義對照，可知股利既非「銷售貨物」、「銷售勞務」亦非「進口貨物」，由此可知股利不在營業稅課徵範圍之內，因此財政部七六、四、四台財稅七五五八〇六七號函釋（參見「附件四」）即曾明示「營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法課稅範圍」，自屬符合營業稅法立法意旨之解釋。

(二)股利既非營業稅課稅標的，即無是否屬於免徵營業稅貨物、勞務、進口貨物（營業稅法第八條、第九條，參見「附件一」）之問題，蓋非屬課稅範圍者，乃指稅捐之課徵不包括某種所得或行為；免稅者，則指租稅之課徵包括某種所得或行為，惟稅法賦與免稅之待遇。股利既不在營業稅法課稅範圍內，自無庸考慮股利是否屬於免徵營業稅之貨物或勞務，亦無需將股利收入列入免稅銷售額中，行政法院判決認為：「因轉投資取得之股利，屬免稅銷售額之範圍」（參見「附件五」、「附件六」），顯將不屬營業稅課徵標的之

股利，列為免徵營業稅之貨物或勞務，違背營業稅法所明定之課稅範圍，有違憲法第十九條所蘊涵之租稅法定主義，自屬無可成立。

(三)參照營業稅法之立法經過，更可得知股利非屬營業稅之課稅標的。蓋營業稅法於七四、十一、十五修正公布前，即曾將股利列為免徵營業稅項目，修正後之現行條文，則在第八條免徵營業稅項目中刪除「股利」一款，而其修正理由謂：「依修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅列，爰予刪除」（參見「附件七」）。由此可知，營業稅法於七四、十一、十五修正公布前，股利係屬「免徵營業稅」；營業稅法於七四、十一、十五修正公布後，股利根本不屬營業稅課徵範圍，以任何方式將股利列為課稅範圍，甚至解釋為免徵營業稅項目，並列入免稅銷售額，據以計算應納之營業稅，均屬違反立法意旨。財政部七七、七、八台財稅第七六一一五三九一九號函釋（參見「附件八」），將不屬課稅範圍之股利收入，列入免稅銷售額中，並依「兼營營業人營業稅額計算辦法」（參見「附件九」）計算應納或溢付稅額，顯屬曲解營業稅法規定。

二、財政部七七、七、八台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將股利收入列入免稅銷售額，致不得扣抵之進項稅額增加，連帶使聲請人應納營業稅額大幅增加，違反憲法第十九條所蘊涵之租稅法定主義及侵害人民法依憲法第十五條受保障之財產權。

(一)營業稅法於七四、十一、十五修正公布後，係對銷售貨物或勞務之加值部份課徵營業稅（即所謂之「加值型營業稅」）。因之，現行營業稅計算方式為：營業人全部銷貨之「銷項稅額」－全部進貨之「進項稅額」＝應納營業稅額

如果可以扣抵之進項稅額越少，應該繳納之營業稅額就越多。

- (二)對專營應稅貨物、勞務等之營業人，其進項稅額，除依營業稅法第十九條規定不得扣抵外，皆可扣抵其銷項稅額（參見「附件三」第十五條第一項、第二十七條）；對專營免稅貨物、勞務等之營業人，則因免稅，故無銷項稅額，稅法乃規定其進項稅額全數不得扣抵（參見「附件三」第十九條第二項）；兼營應稅或免稅貨物、勞務等之兼營營業人，則因「應稅」部份進項稅額可扣抵銷項稅額，「免稅」部份則無法扣抵，為免計算應納稅額產生困擾，其可扣抵銷項稅額之進項稅額係依財政部所定「兼營營業人營業稅額計算辦法」（參見「附件九」）計算。
- (三)依「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條，兼營營業人可扣抵銷項稅額之進項稅額，其計算係採「比例扣抵法」，亦即以免稅銷售額占全部銷售額之比例，為「不得扣抵比例」，因此免稅收入比例越高，不得扣抵之進項稅額也越多，應納之營業稅額也越多。故財政部七七、七、八台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將非屬營業稅課徵標的之股利收入列入免稅銷售額中，一方面使聲請人成為兼營營業人，而需依「兼營營業人營業稅額計算辦法」計算可扣抵銷項稅額之進項稅額；同時亦使聲請人「不得扣抵比例」增加，不得扣抵之進項稅額增加，應繳納之營業稅額亦因之暴增，以違法之函釋擴張營業稅法課稅範圍，違反憲法第十九條所蘊涵之租稅法定主義，並導致聲請人溢繳營業稅額，侵害聲請人受憲法保障之財產權。
- 三、綜合以上所述，本案有以下違法違憲之處，亟待解釋糾正
- (一)依營業稅法第一條、第三條等規定，以及「附件七」所列營業稅法修正理由可知，立法者認為股利不在營

業稅法課稅範圍內，換言之股利並非營業稅法規範之對象，財政部七七、七、八台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將股利收入列為免徵營業稅項目，並依「兼營營業人營業稅額計算辦法」計算應納營業稅額，導致聲請人稅負無端加重，違反營業稅法立法意旨、租稅法定主義，應屬無效。

(二)營業稅法第十九條第三項規定「營業人因兼營第八條第一項免稅貨物或勞務……其進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例與計算辦法，由財政部定之」，可見營業稅法第十九條所稱兼營營業人，乃指兼營第八條第一項免稅貨物或勞務者而言。股利非屬營業稅法所稱「銷售貨物或勞務」，亦不屬第八條第一項免徵營業稅之項目，財政部依據營業稅法授權所定「兼營營業人營業稅額計算辦法」，亦係適用於兼營第八條第一項免稅貨物或勞務者。因此，股利既非營業稅課稅標的，亦非免徵營業稅項目，財政部七七、七、八台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將股利列入免稅銷售額，即屬超出法律授權範圍，據以徵稅，更屬違法。

(三)「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條採用「比例扣抵法」，因財政部七七、七、八台財稅第七六一一五三九一九號函釋之結果，將原非課稅標的之股利收入併入免稅銷售額中計算，增加進項稅額不得扣抵之比例，致聲請人營業稅賦增加，更屬加重人民負擔而構成違法。

#### 肆、關係文件之名稱及件數

附件一：台北市政府八十一府訴字第八一〇三九九〇六號訴願決定書。

附件二：財政部台財訴第八二一九一六四四五號再訴願決定書。

附件三：營業稅法全文（相關部份以螢光筆標示）

- 附件四：財政部七六、四、四台稅七五五八〇六七號函釋  
附件五：行政法院八十二年判字第一二六八號判決（相關部份以螢光筆標示）  
附件六：行政法院八十二年判字第二二六一號判決（相關部份以螢光筆標示）  
附件七：營業稅法修正條文對照表第一條及第八條相關部份（相關部份以螢光筆標示）  
附件八：財政部七七、七、八台財稅第七六一一五三九一九號函釋  
附件九：兼營營業人營業稅額計算辦法（相關部份以螢光筆標示）

聲 請 人：遠〇建設股份有限公司  
法定代理人：張〇高

中 華 民 國 八 十 四 年 十 一 月 日

（附件五）

行政法院判決

八十二年度判字第一二六八號

原 告 遠〇建設股份有限公司

（設略）

代 表 人 張〇高 住同上

被 告 台北市稅捐稽徵處

上當事人間因營業稅事件，原告不服財政部中華民國八十二年二月二十六日台財訴字第八二一九一六四四五號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告因轉投資其他營利事業，於民國七十七至八十年度取得股利計新台幣（下同）一、五九八、四二五、五一〇元，並於八十一年二月七日依財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋及「兼營營業

人營業稅額計算辦法」之規定，將全年股利收入彙總列入各年度最後一期之免稅銷售額申報，計算調整不得扣抵之進項稅額，及進口貨物及購買國外勞務補繳之進項稅額，共計補繳營業稅款一五〇、一七四、五九八元，另依稅捐稽徵法第四十八條之一加計利息八、〇一八、一三九元，並同時繳納。嗣經原告以財政部七十七台財稅第七六一一五三九一九號函釋與營業稅法相牴觸，應屬無效，另加計利息八、〇一八、一三九元中有一、六九三、二一九元，係因公庫銀行未考慮原告在七十七至八十年間尚有應退溢付營業稅款，於計算加計利息時，就未扣除應退稅款前之營業稅全額作計算基礎而多計，依稅捐稽徵法第二十八條規定向被告申請退還該溢繳之營業稅一四九、六七六、五一九元及利息一、六九三、二一九元，經被告以八十一年三月二十五日北市稽安（甲）字第一一八六一號函未准所請。原告不服，提起訴願、再訴願，均遭駁回，復提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨及補充理由略謂：一、補繳之營業稅一五〇、七三九、四四六元及加計利息八、〇三一、三七一元部分：（一）在中華民國境內銷售貨物或勞務 應依本法規定課徵營業稅，為營業稅法第一條所明定。股利收入並非銷售勞務之收入，不屬營業稅課稅範圍，此亦為財政部(76)台財稅第七五五八〇六七號函所確認，該函釋規定：「營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍」。又依「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條之規定，不得扣抵銷項稅額比例，係指各該期免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。依上揭財政部函釋，股利收入既非屬營業稅課稅範圍，依該辦法規定，於計算不得扣抵比例時，分子及分母皆不必列入計算。原告卻誤將其列入計算，是為計算錯誤。又財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函規定「將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定按當年度不得扣抵比例計算調整稅額併同繳納。」該函釋將股利收入認定屬免稅銷售額，應依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定計算不得扣抵比例。查原告取得之股利收

入，其轉投資之證券，皆為依法應課徵證券交易稅之證券，該證券所得之股利收入，財政部既認定為免稅銷售額，亦即為應課徵證券交易稅之證券之銷售額，依「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條之規定，於計算進項不得扣抵比例時，亦可不必列入計算。綜合而言，(76)台財稅第七五五八〇六七號函釋規定，股利收入非屬銷售額（即非屬課徵範圍），而財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函之規定，卻認為股利收入係屬免稅銷售額。姑不論前後釋令有矛盾不一致之情形，倘認為股利收入非屬銷售額，則無是否課徵營業稅之問題；倘認為股利收入係屬銷售額，則依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，於計算不得扣抵比例時亦不必列入計算。今原告疏忽，誤將股利列入計算，致溢繳營業稅額，應得依稅捐稽徵法第二十八條規定退還該溢繳之稅款，並得請求撤銷原處分及原決定以維持原告之權益。（二）財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋示：兼營投資業務之營業人年度取得之股利免於各期申報，俟年終彙列當年度末期申報，惟其適法性仍有疑義。蓋觀諸前揭函釋稱「營業人取得之股利，核非營業稅法規定之課徵範圍 兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入，為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額，並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」其文之說明，確有前後矛盾及抵觸營業稅法之處。茲說明如下：1.非屬課稅範圍者，應係指稅捐之課徵，不包括某種所得或行為；免稅者，系指租稅之課徵涵蓋該種所得或行為，惟稅法賦予免稅之待遇。二者並不相同。前揭財政部函釋先云：股利收「非屬」營業稅法規定之課稅範圍（即計算營業稅額時無須考慮股利收入），復云：應列為「免稅」銷售額，足見該函規定前後矛盾。2.現行營業稅之課徵，於營業稅法第一條即開宗明義指出：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」可見現行營業稅之課徵，係對營業人之「銷售」行為及進口行為課稅，至於該「銷售」行為是否以營利為目的，在所不同。營業人之轉投資行為所取得之股利，依新營業稅法修正草案條文對照表第八條之說明謂：

「 股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅列，爰刪除。」及行為時營業稅法第八條規定免徵營業稅之項目，未包括股利收入（舊營業稅法第六條第二十三款即將股利列為免徵營業稅之項目），可知其非屬營業稅法規定之課稅範圍，甚為明確。此亦為財政部(76)台財稅第七五五八〇六七號函釋所認同。營業人因投資行為所取得之股利，非銷售貨物或勞務之代價，即無需繳納營業稅。財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋，兼營投資業務之營業人，於年度結束時，應將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，並依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，顯以行政命令變更法律規定，將理財投資行為解釋為銷售行為，於法不合。3.財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將股利收入列入免稅銷售額。所謂「銷售額」，依營業稅法第十六條之規定，為營業人銷售貨物或勞務所收取之全部代價，亦即由銷售行為而取得之代價。股利收入既非因銷售行為所產生，自非屬所謂之「銷售額」。且探諸現行營業稅之課徵，分為應稅、免稅及零稅率，其中適用免稅規定者，業經法律明訂於營業稅法第八條所規定之銷售貨物或勞務。因投資行為而取得之股利收入並非營業稅法第八條所規定之免稅收入。財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將非屬營業稅法規定之課稅範圍的股利收入，解釋為免稅銷售額，未考慮轉投資行為非屬銷售行為及其實質為非屬課稅範圍（而非免稅範圍），係以行政命令擴充課稅範圍，違反營業稅法對銷售行為課徵之精神。4.新制營業稅之課徵，係對銷售貨物或勞務增值部分課徵營業稅。對專營應稅營業人，其進項稅額，除營業稅法第十九條所規定不得扣抵項目外，餘皆可扣抵其銷項稅額；兼營營業人則按兼營比例計算可扣抵及不可扣抵比例。專營免稅者，其進項稅額全數不可扣抵，目的乃在避免舊制營業稅重複課稅及稅上加稅之缺點，與課稅不公平之情形。系爭函釋將非屬課稅範圍之股利以免稅銷售額之名義來計算其不可扣抵之進項稅額，已變相課徵股利收入營業稅，與營業稅法之立法精神相違背。5.「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用對象 - 兼營營業人，依該辦法第二條第二項之規定，係指依營業稅法第四章第一節規定計算稅額而兼營應稅及免稅貨物或勞務者，或兼

依營業稅法第四章第一節及第二節規定計算稅額者。又稱免稅者，營業稅法第八條已明訂，惟未包括轉投資行為所產生之股利收入。財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函先將股利列為免稅收入，進而規定應按「兼營營業人營業稅額計算辦法」計算不可扣抵之進項稅額，已牴觸營業稅法及該辦法之規定，顯以行政命令變更稅法之規定，自應無效。原告係一營建業者，所營業務僅限於委託營造廠商興建民住宅供出租或出售，均屬依營業稅法第四章第一節計算稅額之範圍，此外並無其他兼營業務。而產生股利收入之轉投資行為非屬營業稅法第三條及第四條所定義之銷售貨物或勞務，且不屬營業稅法第八條所規定之免稅貨物或勞務之範圍；營業稅法令亦無第八條以外關於「轉投資及取得股利」屬免稅貨物或勞務之規定。是原告之「轉投資及取得股利」，尚不構成「兼營免稅貨物或勞務」，自非該辦法所稱之兼營營業人。另依營業稅法第四章第二節所列應依該章節特種稅額計稅之業別計有三類：金融業、特種飲食業及小規模營業人等。原告為營建業者，非前揭依特種稅額計稅之業類，不屬依第四章第二節計稅之營業人，故亦非該辦法第二條第二項後段所稱兼依第四章第一節及第二節計稅之兼營營業人。是系爭原告非兼營營業人，其「轉投資而取得股利」非銷售貨物或勞務，其股利不屬免稅貨物或勞務之範圍，無須列入免稅銷售額計算不可扣抵之進項稅額。（三）現行營業稅法下，按一般稅額計算之營業人，應就其銷售貨物或勞務增值部分課徵營業稅，目前乃採稅額相抵法，就各筆銷項交易累積的銷項稅額和各筆進項所累積的進項稅額相比較，而得各期營業人應納或溢付之營業稅額。此方法之採用，基本上係考慮到實務處理的便利，然而各個銷項、進項稅額累積計算的結果，使得原來各筆交易進、銷加值的關聯中斷或不清晰。營業人兼營營業稅法第八條第一項免稅貨物或勞務者，其進項稅額不得申請退還，而營業人兼營營業稅法第八條第一項免稅貨物或勞務者，是為「兼營營業人」。兼營營業人其進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例，依財政部規定之「兼營營業人營業稅額計算辦法」，係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。由此可見，進項稅額之可否扣抵，係由收入方面金額比例決定的，免稅收入比例愈高，則不

可扣抵之進項稅額也愈高。該辦法的規定有一基本假設：即各種類收入之進、銷之間的關係，全然成等比例，有一分的銷項，必然因其有同一比例之進項。然而此假設是否符合實際的情況，並不盡然。原告之轉投資行為所產生的費用，儘為人事管理費而已，主要係薪資、津貼，而此等支出均無進項稅。換言之，原告發生之進項稅額和股利收入之產生毫不相關。然依財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函所釋，應於年底結束時，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算調整不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務補繳之進項稅額。此對原告進項稅額之歸屬，嚴重扭曲，且侵害到原告合法權益。(四)綜上所述，原告依(76)台財稅第七五五八〇六七號函釋及「兼營營業人營業稅額計算辦法」計算不得扣抵比例時，誤將股利收入列入計算，是為計算錯誤。財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋與營業稅法相牴觸，甚為明確，應屬無效。此外，該函釋未探究一分之股利未必會有同比例之進項之事實，而規定應依「兼營營業人營業稅額計算辦法」計算調整不可扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務補繳進項稅額，顯嚴重扭曲進項稅額之歸屬，其適法性確有問題。而今財政部再訴願決定未審究其相關股利收入之課稅規定之謬誤卻再引相關規定以為駁回再訴願之理由，實置法律之公允與納稅人之權益於不顧，謹請撤銷原處分、訴願決定及再訴願決定，並退還原告補繳之營業稅一五〇、七三九、四四六元及其加計之利息八、〇三一、三七一元，以維原告之權益。二、公庫銀行多計利息一、六九三、二一九元部分：(一)原告係一守法之納稅人，已於八十一年二月七日自動補報補繳原告七十七年至八十年度按前揭財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定計繳營業稅共計一五〇、一七四、五九八元，如前述，符合稅捐稽徵法第四十八條之一之規定，原告並依同條之規定加計利息，一併繳納。惟關於利息之加計，在納稅人無應退之稅捐時，固應依稅捐稽徵法第四十八條之一但書之規定，自該項稅捐原繳納期限截止之次日起，至補繳之日止，就補繳之應納稅捐，依原應繳納稅款期間屆滿之日郵政儲金匯業局之一年期定期存款利率，按日加計利息，一併繳納。然在納稅義務人有應退稅捐時，加計之利息應如何計算，法無明文。惟就稅捐稽

徵法第二十九條之規定而言，納稅義務人有應退之稅捐時，稅捐稽徵機關應先抵繳其積欠。又行為時稅捐稽徵法實施注事項九，納稅義務人有應退稅捐時，同一稅目欠稅為應退稅捐抵繳之第一順位。是以納稅義務人對同一稅目之實質稅負應係欠稅減去應退稅捐。故在同一稅目應退稅捐與欠稅可以互抵的情況，欠稅之加計利息理當以實質稅負來計算始稱公平。否則一方面納稅義務人有龐大的應退稅捐為稅務機關持有，不能生息，必會損失相當的利息收入，另一方面又需計納欠稅利息，負擔支出，實屬雙重計息。若如此則與憲法規定人民之納稅義務之規定相違。況且在納稅義務人同時有應退稅捐及欠稅的情況，其欠稅實際上已繳納應退稅捐部分，故再對與應退稅捐等額之欠稅加計利息，實際上是對已繳納之稅捐加徵利息，甚不合理。稅捐稽徵法即有對應退稅捐及應補稅款均應計利息之公平規定，其第三十八條謂，經依復查、訴願或行政訴訟等程序終結決定或判決，應退還稅款者，稅捐稽徵機關應於復查決定，或接到訴願決定書，或行政法院判決書正本後十日內退回；並自納稅義務人繳納該項稅款之日起，至填發收入退還書或國庫支票之日止，按退稅額，依繳納稅款之日郵政儲金匯業局之一年期定期存款利率，按日加計利息，一併退還。又經依復查、訴願或行政訴訟程序終結決定或判決，應補繳稅款者，稅捐稽徵機關應於復查決定，或接到訴願決定書，或行政法院判決書正本後十日內，填發補繳稅款繳納通知書，通知納稅義務人繳納；並自該項補繳稅款原應繳納期間屆滿之次日起，至填發補繳稅款繳納通知書之日止，按補繳稅額，依原應繳納稅款期間屆滿之日郵政儲金匯業局之一年期定期存款利率，按日加計利息，一併徵收。是稅法雖未著有納稅義務人同時有應退稅捐及欠稅之計息規定，然就前論及稅捐稽徵法第三十八條之精神，納稅義務人應得以欠稅減應退稅捐之實質稅負來計算加計利息。今前揭財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函牴觸法律無效，而原告經營營建業務，於七十七至八十年間投入巨額之建築成本，致有相當巨額之進項稅額產生。該期間原告僅有少許營業收入，致每期申報營業稅時均累有巨額之溢付營業稅額，而向被告機關及權責稽徵機關依法申請退還溢付營業稅，並陸續收到退稅。依營業稅法第十五及三十三條，進項稅額得扣抵銷項稅額，依同法第三

十九條，溢付營業稅額得留抵應納稅額，故原告雖陸續收到退稅，然其應退之溢付營業稅額與八十一年二月七日自行補繳之欠稅仍有長期重疊同時併存的時間，故此段期間之加計利息，應僅就應退稅捐與欠稅相抵後之淨額計算，不應如公庫銀行就欠稅全額列計，致原告額外負擔一、六九三、二一九元之利息支出。（二）財政部再訴願決定引用(79)台財稅第七九〇七〇八〇二四號函釋「營業人以不得扣抵之進項憑證稅額申報扣抵銷項稅額，嗣後依稅捐稽徵法第四十八條之一規定自動補報者，揆諸立法意旨，其應補繳之稅額及應加計之利息，應由營業人先向公庫繳納後向稽徵機關補報，不得以累積留抵稅額抵繳應補繳之稅款」之規定，予以否准此溢繳之利息。再訴願決定機關顯同意原告前段所提之時間重疊，僅認應依前揭函釋辦理。惟此揭函釋並不適用原告之案情且其適法性亦不無疑問。1.如前述所述，納稅義務人應退之稅捐，應先抵繳其積欠，為稅捐稽徵法第二十九條所明訂。原告系爭年度之留抵稅額，實為原告為興建遠〇中心（將為原告之固定資產，供出租用）所產生者，依營業稅法第三十九條之規定應屬退稅捐，足見前揭函釋與原告系爭案件並不相關，自可依稅捐稽徵法第二十九條之規定辦理。倘認應退稅捐屬留抵稅額之一部分與系爭案件有關，則前揭台財稅第七九〇七〇八〇二四號函顯違反稅捐稽徵法第二十九條之規定，顯屬無效。2.再就其適法性而言，亦不無值得令人質疑：(1)憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務，惟並無法律規定人民有重複納稅之義務。留抵稅額係納稅義務人依營業稅法而溢「繳」的稅捐，納稅義務人原無繳納此項溢繳「留抵稅額」的義務，惟查營業稅法第三十九條規定溢繳之營業稅額須作為留抵應付稅額之用，其立法意旨，係為稅務機關簡化徵納手續而規。因此，留抵稅額係納稅人已繳納之營業稅無疑義。就此則原告之補繳營業稅時前述稅額留抵之重疊期即已繳納營業稅之理何有不當？(2)營業稅法第三十九條第二項規定，溢繳稅額之用途，應由於營業人留抵「應納稅額」。此則營業稅法文係規定溢繳稅額應留抵「應納稅額」，並非規定溢繳稅額僅限於留抵營業稅法第三十五自動報繳之應納稅額，原告依前揭財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函釋計算之應納營業稅額亦屬營業稅法第三十九條第二項應納稅額之範圍，原告以留抵

稅額抵繳系爭應納稅額，於法並無不可。前揭函釋以行政命令排除營業稅法第三十九條有關營業稅應納稅額與留抵稅額得互抵之規定，係牴觸法律，應屬無效。(3)稅捐稽徵法第四十八條之一所規定之「補報補繳」之認定，其法律要件及立法意旨，均未規定補報案件如同時有應納稅額及有留抵稅額或應退稅額時必須再另行繳納稅款。財政部依前揭(79)台財稅第七九〇七〇八〇二四號函，逕認定原告須另再向公庫繳一筆營業稅才符合「補繳」之法律要件，係屬擴張解釋法律要件，違反租稅法定主義。(4)按「抵銷」依民法第三百三十四條規定，須二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，且依債務性質可以抵銷者。抵銷之制度有節省時間、費用及勞力之實益，古來各國皆認之。今原告有留抵稅額，係稅捐稽徵單位對原告之債務，而原告有應納稅額，係原告對稅捐稽徵單位之債務，原告與稅捐稽徵單位互負債務，其債務均屬稅捐金錢之債，種類相同，且營業稅法第三十九條規定溢繳稅額留得抵應納稅額，係屬法定抵銷權，留抵稅額與系爭應納稅額得抵銷無疑義。試問財政部(79)台財稅第七九〇七〇八〇二四號函排除此項法定抵銷權之法律依據何在？再者，有關租稅債務之抵銷除前揭稅捐稽徵法第二十九條、稅捐稽徵法實施注意事項九之明文規定外，財政部亦曾著例謂「補報稅案件如有已扣繳稅捐，應准抵扣補報年度核計之應納稅額」（財政部 68.10.2.台財稅第三六八九七號函）財政部之前揭(79)台財稅第七九〇七〇八〇二四號函釋或為現行營業稅稽徵電腦化作業之便利而定，然其規定違反法律並造成納稅人之權益受損害，應予糾正。(5)有關抵銷之效力，依民法第三百三十五條之規定，抵銷一經表示，則相互間債之關係即溯及於最初得為抵銷時而消滅。又抵銷之意思表示不限於裁判外，即裁判上亦得行之（二二年上字第六七七判例）。今原告之應納稅額與溢付留抵稅額，依營業稅法第三十九條之規定有法定抵銷權，原告既經申報，且一再主張應以留抵稅額抵銷應付稅額，則其抵銷之效力應溯及應納稅額應納之時原告之納稅義務即與留抵稅額抵銷而消滅。職是，系爭利息一、六九三、二一九元係屬多計，無疑義，被告機關應核准退還原告此公庫銀行多計之利息一、六九三、二一九元等語。被告答辯意旨略謂：按「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵

銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - （當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額）×（1 - 當年度不得扣抵比例）。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依左列公式調整：調整稅額 = [當年度進口貨物（乘人小汽車除外）依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額] × 徵收率 × 當年度購買勞務已納營業稅額。」及「納稅義務人自動向稅捐稽徵機關補報並補繳所漏稅款者，凡屬未經檢舉及未經稽徵機關或財政部指定之調查人員進行調查之案件，各稅法所定關於漏報、短報之處罰，一律免除。但其補繳之稅款應自該項稅捐原繳納期限截止之次日起，至補繳之日止，就補繳之應納稅捐，依原應繳納稅款期間屆滿之日郵政儲金匯業局之一年定期存款利率，按日加計利息、一併徵收。」分別為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項，第七條第一項第二項及稅捐稽徵法第四十八條之一所明定。又財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」查原告係經營建築業之營業人，因轉投資其他營利事業於七十七至八十年度取得之股利收入共計一、五八九、四二五、五一〇元，於八十年二月七日依財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋及兼營營業人營業稅額計算辦法規定，將全年度股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算調整不得扣抵之進項稅額，暨進口貨物及購買國外勞務補繳之進項稅額，是以本件原告並無適用法規錯誤之情事。至兼營營業人營業稅額計算

辦法第三條但書係規定依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算不得扣抵比例，惟本件原告係取得轉投資之股利收入，並非取得課徵證券交易稅之證券銷售額，故依法計算調整應納稅額，亦無計算錯誤之情事。從而本處否准原告申請退還系爭稅額及依稅捐稽徵法第四十八條之一規定補繳而加計之利息，核與稅捐稽徵法第二十八條規定並無不合，且財政部（七七）台財稅第七六一一五三九一九號函僅為就兼營營業人營業稅額計算辦法第七條內容加以訓示規定，自無違反或牴觸法律或憲法可言。又營業稅法第三十九條第二項係規定營業人有溢付稅款時，應由營業人「留抵應納營業稅」，是以營業人以不得扣抵之進項憑證稅額申報扣抵銷項稅額自動補報者，自不得以累積留抵稅額抵繳應補繳之稅額及應加計之利息，故財政部（七九）台財稅第七九〇七〇八〇二四號函係就稅捐稽徵法第四十條之一規定內容加以訓示規定，亦未牴觸法律或擴張解釋法律要件之可言，原告此部分主張，顯係誤解法令之所致。又類此案件，遠〇紡織股份有限公司申請退還溢繳營業稅事件，業經大院分別以八十二年度判字第一五〇號、一五八號及二五一號判決駁回確定在案等語。

### 理 由

按「納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證明，申請退還」為稅捐稽徵法第二十八條所明定。又「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅額銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - （當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額）×（1 - 當年度不得扣抵比例）。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依左列公式調整：調整稅額 = 〔當年度進口貨物（乘人小汽車除外）依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額〕×徵收率×當年

度不得扣抵比例 - [當年度進口已納營業稅額(乘人小汽車除外) + 當年度購買勞務已納營業稅額]。」「納稅義務人自動向稅捐稽徵機關補報並補繳所漏稅款者，凡屬未經檢舉及未經稽徵機關或財政部指定之調查人員進行調查之案件，各稅法所定關於漏報、短報之處罰，一律免除。其補繳之稅款應自該項稅捐原繳納期限截止之次日起，至補繳之日止，就補繳之應納稅捐，依原應繳納稅款期間屆滿之日郵政儲金匯業局之一年定期存款利率，按日加計利息，一併徵收。」分別為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項，第七條第一項、第二項及稅捐稽徵法第四十八條之一所明定。又財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」財政部為中央財稅主管機關，基於職權依據各有關稅法規定所為上開函釋，核與憲法租稅法定主義及有關稅法之規定並無牴觸，自可適用。本件原告係經營建築業務，於七十七年至八十年取得之轉投資其他營利事業股利共計一、五八九、四二五、五一〇元，於八十年二月七日依財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋及兼營營業人營業稅額計算辦法規定，將全年度股利收入彙總列入各年度最後一期之免稅銷售額申報，計算調整不得扣抵之進項稅額，暨進口貨物及購買國外勞務補繳之進項稅額，共計繳納營業稅額一五〇、一七四、五九八元，另依稅捐稽徵法第四十八條之一加計利息八、〇一八、一三九元，同時繳納。嗣經原告以財政部七十七台財稅第七六一一五三九一九號函釋與營業稅法牴觸，應屬無效，另加計利息八、〇一八、一三九元中，有一、六九三、二一九元係因公庫銀行未考慮原告在七十七至八十一年間尚有應退溢付營業稅款，於計算加計利息時，就未扣除應退稅款前之營業稅全額列作計算基礎而多計，乃依稅捐稽徵法第二十八條規定向被告申請退還該溢繳之營業稅一四九、六七六、五一九元及利息一、六九三、二一九元，經被告否准退還。原告不服主張：財政部七十六年四月四日台財稅字第七五五

八〇六七號函釋示「營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅。」即指股利收入非屬銷售額，而財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號卻認股利係屬免稅銷售額，姑不問財政部上開前後釋令矛盾不一情形，倘認股利收入非屬銷售額，則無課徵營業稅之問題，如認股利收入係銷售額，則依「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，於計算不得扣抵比例時，亦不必計算。又營業人轉投資其他營利事業，所取得之股利收入，非屬營業稅法定之課稅範圍，且股利收入非因銷售行為所產生，自非營業稅法第十六條規定之銷售額，而營業稅法第八亦已規定適用免稅之規定，因投資行為而取得之股利收入並非營業稅法第八條所規定之免稅收入，是股利收入既非屬營業稅法第八條所規定之免稅項目，倘營業人同時經營銷售應稅貨物或勞務及投資行為，並非兼營營業人營業稅額計算辦法所規定之兼營營業人，自不適用該辦法之規定。況其係一建築業者，所營業務僅限於委託營造商興建國民住宅供出租或出售，均屬依營業稅法第四章第一節計算稅額之範圍，此外並無其他兼營業務，而產生股利收入之轉投資行為非屬營業稅法第三條及第四條所定義之銷售貨物或勞務，且不屬營業稅法第八條所規定之免稅貨物或勞務之範圍，營業稅法令亦無第八條以外關於「轉投資、取得股利」屬免稅貨物或勞務之規定，是其「轉投資、取得股利」，尚不構成「兼營免稅貨物或勞務」，非該辦法所稱之兼營營業人。無「兼營營業人營業稅額計算辦法」之適用，系爭函釋與憲法及營業稅法相抵觸，自屬無效。今原告誤將股利收入列入計算，致溢繳營業稅，應得依規定申請退還該溢繳之稅款云云。第查因轉投資取得之股利，屬免稅銷售額之範圍，而原告經營建築業，係依營業稅法第四章第一節規定計算稅額之營業人，其因轉投資其他營利事業，而取得股利收入，係屬「兼營營業人營業稅額計算辦法」第二條第二項所稱之兼營營業人，自有該辦法規定之適用。是被告將原告七十七年至八十年止股利收入彙入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算調整不得扣抵之進項稅額，及進口貨物及購買國外勞務補徵之進項稅額，並無適用法規錯誤情事。至「兼營營業人營業稅額計算辦法」第三條但書係規定依法應課徵證券交易稅之證券銷售

額不列入計算不得扣抵比例，然本件原告係取得轉投資之股利收入，並非取得課徵證券交易稅之證券銷售額，故依法計算錯誤情事，從而被告否准原申請退還系爭稅額及依稅捐稽徵法第四十八條之一規定補徵而加計之利息，揆諸首揭規定及說明，洵無違誤。訴願及再訴願決定遞予維持，亦均無不合。財政部(76)台財稅七五五八〇六七號函釋與同部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函前規定不一致部分，仍應以營業稅及「兼營營業人營業稅額計算辦法」規定為準。況財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函僅就「兼營營業人營業稅額計算辦法」第七條規定內容加以訓示規定，既無牴觸、擴張或變更營業稅法規定，被告予以適用，亦無違法可言。次查營業稅法第三十九條第二項係規定營業人有溢付稅款時，應由營業人「留抵應納營業稅」，是營業人以不得扣抵之進項憑證稅額申報扣抵銷項稅額自動補繳者，自不得以累積留抵稅額抵繳應補徵之稅額及應加計之利息。財政部(79)台財稅第七九〇七〇八〇二四號函釋，係就稅捐稽徵法第四十八條之一規定內容加以訓示闡明，亦無牴觸法律或擴張解釋法律要件之可言。被告以公庫銀行就欠稅金額並無多計利息一、六九三、二一九元，而否准退還此部分之利息，訴願及再訴願決定援引上開財政部函釋仍予維持原處分，均無不合。原告起訴意旨，難認有理由。據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如文。

中華民國八十二年六月十五日

(本聲請書其餘附件略)

抄台〇紡織股份有限公司代表人吳〇文聲請書

受文者：司法院

為聲請人於憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起行政訴訟暨再審之訴，對於行政法院八十三年度判字第二二一〇號判決及八十四年度判字第四八九號判決所適用之財政部(七十七)台財稅第七六一一五三九一九號函，發生牴觸憲法之疑義，聲請大法官會議解釋事：

### 聲請事項：

財政部中華民國（下同）七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函謂：「兼營投資業務之營業人於年度中收取之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」係將股利收入視為免稅銷售額，於年度終了時，與其他免稅銷售額合併，計算該部份收入佔全年收入之百分比，該百分比即該營業人當年度不得扣抵營業稅之比例。惟股利收入並非營業稅法上之「銷售額」，更非「免稅銷售額」，無併入其他免稅銷售額，併同計算不得扣抵之營業稅比例之餘地，此一函令顯然違反憲法第十九條租稅法定主義，並牴觸憲法第十五條保障人民財產之意旨，應屬無效。

### 說明：

#### 一、聲請解釋憲法之目的

憲法第十九條規定人民有依法納稅之義務，大法官會議第二一七號解釋明白宣示：人民僅依法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期間等項，而負納稅之義務。是法無明文者，無納稅義務可言。

現行營業稅制是建立在進銷項稅額相互扣抵之基礎上，計算應納稅額，亦即銷售貨物所加計之營業稅額，扣減買進原、物料等進貨所加計之營業稅額，為營業人應繳納之營業稅額。

財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函：「兼營投資業務之營業人於年度中收取之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納」（附件一、二），要求納稅人依該函令將股利收

入視為免稅銷售額，彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算不得扣抵比例，亦即（免稅銷售額 + 股利收入）÷ 全年總收入 = 不得扣抵比例

前述計算方式使聲請人將原不屬於免稅銷售額之股利收入，彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額，致提高不得扣抵（退回）營業稅之比例，減少可退還之營業稅款，實質上係對股利收入迂迴課徵營業稅，侵害聲請人於憲法所保障之財產權，並與憲法第十九條規定之租稅法定主義有違。嗣聲請人雖經法定程序提起訴願、再訴願、行政訴訟，惟行政法院八十三年度判字第二二一〇號判決暨八十四年判字第四八九號再審判決，仍維持適用上開財政部函釋，聲請人爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請大院大法官會議就上述牴觸憲法之疑義予以解釋。

## 二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

(一)按營業稅法第一條明列營業稅之課稅範圍：「在中華民國境內銷售貨物或勞務，及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」（附件三），可知營業稅之客體為『銷售貨物』、『銷售勞務』及『進口貨物』，若符合銷售貨物、銷售勞務及進口貨物之行為而得例外減免者，法律須將明文例示，如營業稅法第八條者是，俾使免稅義務有清晰法源可據；若有一行為未列於免徵營業稅規定下，該行為如非屬應課營業稅行為，則該行為即非關營業稅之課稅範圍。

(二)財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，將股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，依此函釋，股利收入被視為「免稅銷售額」，必須與其他免稅銷售額合併，用以計算不得退還之營業稅之比例，計算應納或溢付稅額。

全國企業集團因有將來無法獲得平反，可能遭受高達五倍罰鍰之恐懼，不得已均採取先繳稅再申請退稅之方式，再依法尋求救濟，故聲請人於民國（下同）八十二年

七月二十四日將七十七年至八十一年之股利收入列入各當年度最後一期之免稅銷售額，依該函之解釋計算不得扣抵比例，報繳稅款，合計新台幣（下同）二六、四七四、五四八元及利息五、三六一、七七〇元，再於八十二年八月二十三日向台北市政府稅捐稽徵處申請退還上開稅款及利息。詎原稅捐稽徵機關引上開財政部函釋，駁回聲請人之請求，聲請人不服原處分機關之處分，遂循法律途徑請求救濟，詎訴願、再訴願決定及行政法院及再審之判決（參附件四、五、六、七），均仍援引上開相同之財政部函釋，駁回聲請人之主張及聲請。

- (三)茲有疑義者，乃「股利收入」是否源於銷售貨物、銷售勞務及進口貨物，而屬於應課營業稅之範圍？惟若屬於應課營業稅之範圍，財政機關卻從未對股利收入課徵過營業稅，是否股利收入屬營業稅之免稅項目，享有豁免之優待？然課稅、免稅應有明文可據，上述大法官會議第二一七號解釋已解釋甚明，乃現行營業稅法卻無股利收入屬免稅項目之規定，是財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函將法無明文規定之免稅項目視為免稅項目，係擅自創設免稅項目，有違租稅法定主義及大院做成之解釋。
- (四)另查財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函（附件八）解釋：「主旨：營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅。說明二：營業人取得之股利，核非屬營業稅法規定之課稅範圍，專營投資業務之營業人取得之進項憑證所支付之進項稅額，應不得申報扣抵或退還。」是財政部此函釋原已肯定股利非屬營業稅法規定之課稅範圍，故『應免徵營業稅』，在此所謂免徵營業稅，係指不發生課徵營業稅問題，並非營業稅法第八條免稅項目之謂；既然財政部已肯定股利非屬營業稅法規定之課稅範圍，即非課稅範圍之收入，既非課

稅範圍之收入，自無列入免稅銷售額之餘地。財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函如何將「股利非屬營業稅法規定之課稅範圍」解釋為「免稅銷售額」，實令納稅人難以理解。

前開函釋擅自對營業稅法未規定之事項創設免稅項目，並以之為阻礙人民扣稅之依據，變相課以人民法律未規定之稅賦，違反憲法第十九條租稅法律主義，並牴觸憲法第十五條保障人民財產權之意旨，應屬無效。詎前開行政法院之終局判決再審判決仍予適用，實有違誤，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定聲請解釋。

### 三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

(一)財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函，將股利收入解釋為「免稅銷售額」，違反租稅法定主義。

憲法第十九條規定：人有依法律納稅之義務。依此規定政府向人民課稅時，有關課稅之權利義務之內容，包括納稅義務人、賦稅種類、稅率、課稅標準、處罰等；及課稅程序之內容，包括租稅之申報、查核等各項稽徵程序，均應依法律之規定，俾使政府徵稅在人民可預期預見之範圍內運作，俾免人民被任意強索稅賦，淪為魚肉，此乃我憲法第十五條規定人民財產權之保障，及第十九條人民依法納稅規定之所由設。蓋保障人民之私權，為現代民主法治社會所追求實現之目標，故關於人民權利義務之事項應以法律定之，中央法規標準法第五條第一項第二款定有明文，此原則表現於徵索人民財產之賦稅義務尤然。

立法院財政委員會七十四年六月十二日（七四）台財發字第0五七號函「營業稅修正草案」條文對照表說明（即當初之立法意旨）第八條第二八項之規定：「修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅述，爰予刪

除。」，是以現行營業稅法第八條免稅項目並未包括股利在內。唯有課稅範圍內之客體，始有「應稅」、「免稅」之區分，營業稅法當初在修訂時，將免稅項目之股利排除，目的在排除股利課徵任何營業稅，惟因新制營業稅法採進、銷項相減法計算應納稅額或溢付稅額，財政部認為股利收入既非應稅、免稅、或零稅率之業務，專營投資業務公司既無銷項稅額，則其公司之進項稅額即全部不能抵退稅，亦即專營投資業務公司應負擔全部進項稅額之營業稅，其課稅效果與專營免稅業務者完全相同，導致財政部為使此一效果「類推適用」於專營應稅及零稅率業務之廠家，遂以七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將股利收入推定為「免稅銷售額」，強將股利納入營業稅課稅體系，完全違反了營業稅法的精神，侵害人民依法扣稅之權利，變相課以人民納稅之義務，使納稅人負擔不必要之稅負，其有違憲法第十九條租稅法律主義，不言而喻。

按行政院六十年判字第四一七號判例明白揭示：「公法之適用，以明文規定者為限，公法未設有明文者，自不得以他法之規定而類推適用，此乃適用法律之原則。」（附件九），依判例意旨，公法未設有明文者，尚不得類推適用其他「法律」，況無法律根據之「效果」，更無類推適之餘地。七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋，單以專營投資業務公司之營業稅租稅效果，與專營免稅業務之營業人相同，即倒推認定專營應稅與零稅率業務之營業人，亦應將股利收入應列入免稅銷售額，導致專營應稅與零稅率業務之營業人亦必須自行吸收進項稅額，要非合理。系爭函釋違背法律適用原則，擅自類推適用，與上開判例意旨顯然違背。

- (二)財政部七十七年七月八號台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，股利收入營業人適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」，創設人民納稅之義務。

所謂「兼營營業人」係指「兼營營業人營業稅額計算辦法」第二條第二項所規定，兼營應稅及免稅貨物或勞務，或兼依營業稅法第四章第一節及第二節計算稅額者而言。股利收入源於轉投資之獲利，係理財行為，非銷售行為，不該當「兼營營業人」之構成要件，原無適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」之餘地，然財政部就股利收入之法律性質，從未提出辨正，只以台財稅第七六一一五三九一九號函即將轉投資取得股利收入之理財行為認定為銷售勞務之營業行為，並將股利收入「類推」為「免稅銷售額」，強營業人適用不相關之「兼營營業人營業稅額計算辦法」，創設人民納稅之義務，其有違租稅法律主義，至為顯然。

(三)課稅公平原則應以租稅法律主義為前提，不得只以課稅公平原則作為課稅依據。

查系爭函釋係假設一分進項稅額必須有一分銷項稅額，始得扣抵，股利既非應稅、免稅、或零稅率之業務，即無銷項稅額，既無銷項稅額即不能扣抵進項稅額，不能扣抵進項稅額，即應以免稅項目視之，用以計算不能扣抵營業稅之比例，如此推論果真合理乎？大謬斯矣！

股利係因非屬銷售業務，故無銷項稅額，並非因無銷項稅額而導出為免稅銷售額，系爭函釋係錯論因果關係之結論。股利因非屬銷售業務，無應課營業稅與否問題，應排除於營業稅體系，意即應排除於上述營業稅不得扣抵比例之計算公式之外，並非無銷項稅額之收入均得推定為免稅銷售額，財政部系爭函釋之謬誤，在於將若 A（免稅銷售額）則 B（不扣抵營業稅）之命題，導出若 B（不扣抵營業稅）則 A（免稅銷售額），倒果為因之謬誤結論，蓋不扣抵營業稅，可以是非關營業稅問題之不課稅之業務，則並非必可導出免稅銷售額之收入之結論，而非關營業稅問題之不課稅之業務，係應將不課稅業務之收入排除於營業稅計算公式之外，而非併入不可扣抵營業稅之計算方

式，茲舉例說明如下：

例如：某建商採比例扣抵法繳納營業稅，為蓋房子出售而支出材料等費用 500 萬元（供課稅與免稅營業用），其中進項稅額為 25 萬元，賣出值 300 萬元之房屋，支出銷項稅額 15 萬元，銷售免稅貨物 300 萬元，而其數年前所轉投資之其他業務於今年有極佳獲利 1000 萬元，該建商當年應繳營業稅為：

應繳或溢付稅額 = 銷項稅額 - (進項稅額 - 進項稅額 × 當年度不可扣抵比例)

$300$  (免稅銷售額)  $\div$  ( $300 + 300$ ) (應稅與免稅銷售總額) =  $0.5$  (不可扣抵比例)

$15 - (25 - 25 \times 0.5) =$  (應納稅額)  $2.5$  (萬元)

如按系爭台財稅第七六一一五三九一九號函釋，該建商應支付之營業稅為：

$[300$  (免稅銷售額)  $+ 1000$  (股利)]  $\div$  ( $300 + 300 + 1000$ ) (全年總收入) =  $0.8125$  (當年度不可扣抵比例)

$15 - (25 - 25 \times 0.8125) =$  (應繳稅額)  $10.3125$  (萬元)

由上述計算式可知，系爭函釋規定將股利併入免稅銷售額，提高了不可扣抵比例，使營業人負擔更多之應納稅額，其對營業人之財產權所造成之侵害，彰彰明甚。

系爭函釋將應稅、免稅、或零稅率業務外之理財行為，推定為免稅之銷售行為，從而將不發生營業稅課稅問題之股利收入，推定為「免稅之銷售收入」，使股利收入從「不扣抵」成為「不可扣抵」進項稅額之項目，其推論過程之謬誤，已如上述，是課稅公平原若非植基於租稅法律主義之上，即將造成如上述不公平課稅之現象。如基於租稅公平之考量，認為股利有課稅之必要，應循立法途徑正式立法，不得徒以課稅公平原則為課稅依據，否則，憲法第十九條租稅法律主義與第十五條人民財產權之保障，將形同具文，人民將何所措手足乎？

(四)財政部修訂「兼營營業人營業稅額計算辦法」，以改正比

例扣抵法依系爭函釋規定營業稅不可扣抵比例計算方式之謬誤。

復查財政部已於八十一年八月二十五日以台財稅第八一一六七五六六〇號令修正該計算辦法部分條文，明定兼營營業人得自八十一年九月一日起，經向稽徵機關申請核准採用直接扣抵法，按貨物或勞務之實際用途計算進項稅額可扣抵銷項稅額之金額，及進口貨物、購買國外勞務之應納稅額。如前後規定均無錯誤，則不論依那一種計算方式，在營業稅法未修訂之情形下，均可得到相同之結果，如今既會產生不同之結果，表示其中一種方法必定有錯，而造成租稅不公平現象。營業人在採取修訂後之直接扣抵法後，不再發生前述將股利收入視為免稅銷售額，提高營業稅不可扣抵之比例之不合理現象，足證前法之計算方式有誤，計算方式有誤，造成強徵人民稅負之現象，自屬違憲。

(五)綜上所述，聲請人之轉投資行為，是理財行為，股利之有無視轉投資人之盈虧情形而定，非必發給，無交易性質，與以互相移轉所有權為條件之銷售行為不同，故因轉投資取得之股利收入，不能稱為銷售額，既非銷售額，自無被認定為「免稅銷售額」之餘地；而「兼營營業人營業稅額計算辦法」，所指之兼營營業人係指兼營應稅與免稅業務之營業人，故有股利收入之營業人，如無兼營應稅與免稅業務，亦不能稱為兼營營業人，不能適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」。系爭函釋以錯誤之邏輯推演課稅公平原則，創設股利收入為免稅營業額之項目，違背營業稅法，自屬無效，復根據該無效之函釋規定營業人據以計算營業稅不可扣抵比例，導致營業人可扣抵比例減少，侵害營業人扣稅權益，亦即變相課徵了原不應課徵營業稅之項目，違反憲法第十九條租稅法定主義並牴觸憲法第十五條保障人民之財產權，為特懇請

大院大法官會議迅賜解釋如聲請之意旨，以保人權，並

彰法治。

四、關係文件之名稱及件數

附件一：財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函影本乙份。

附件二：「兼營營業人營業稅額計算辦法」。

附件三：「營業稅法」。

附件四：台北市政府八十二年十一月二十二日(82)府訴字第八二〇七九二六八號訴願決定書影本乙份。

附件五：財政部八十三年七月九日台財訴第八三一八一八〇六九號再訴願決定書。

附件六：行政法院八十三年度判字第二二一〇號判決影本乙份。

附件七：行政法院八十四年度判字第四九八號判決影本乙份。

附件八：財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函影本乙份

附件九：行政法院六十年判字第四一七號判例要旨影本乙份。

聲請人：台〇紡織股份有限公司

代表人：吳〇文

中華民國八十五年二月五日  
(本聲請書其餘附件略)

行政法院判決

八十三年度判字第二二一〇號

原告 台〇紡織股份有限公司

(設略)

代表人 吳〇文 住同上

被告 台北稅捐稽徵處

上當事人間因營業稅事件，原告不服財政部中華民國八十三年七月九日台財訴字第八三一八一八〇六九號再訴願決定，提起行政訴訟，本

院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告於民國八十二年七月二十四日，將七十七年至八十一年之股利收入列入各當年度最後一期之免稅銷售額，依兼營營業人營業稅額計算辦法規定，調整應納稅額，並依修正稅捐稽徵法第四十八條之一規定自動補報並補繳所漏稅款，合計新台幣（以下同）二六、四七四、五四八元及利息五、三六一、七七〇元，復於八十二年八月二十三日向被告機關所屬大安分處申請退還，案經該分處以八十二年八月二十五日北市稽安甲字第四二二四二號函復否准。原告不服，循序提起訴願、再訴願，均遭決駁回，乃提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨如下：

原告起訴意旨略謂：一、按營業稅法第一條明列課稅範圍：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」，可見營業稅之客體為「銷售貨物、勞務」、及「進口貨物」，若符合上述之行為態樣而得例外減免者，以營業稅法第八條明文規定者為限，若非屬「銷售貨物、勞務」、「進口貨物」之行為，自亦無列為營業稅法第八條免稅項目之可言；至於轉投資所取得之股利，早於修訂營業稅法時即已闡明：「股利非屬營業稅法之課稅範圍」，而於修訂營業稅法時將股利自免稅項目中刪除，且財政部亦以七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函明文解釋股利收入非屬營業稅之課稅範圍，故不論立法原意，或財政部早期之看法均一致肯定股利收入非屬營業稅之課稅客體，更無疑義。二、營業稅，係對營業人銷售貨物或勞務所課徵之一種銷售稅，我國營業稅法採多階段銷售稅，即對交易過程中，製造、批發及零售各階段銷售行為皆課稅。營業稅之課徵，有就銷售總額課稅，謂之毛額型營業稅，例如：一〇〇元買進，一二〇元賣出，則就一二〇元之銷售總額課稅；有就銷售中之增值額課稅者謂之增值型營業稅，例如一〇〇元買進，一二〇元賣出，僅就賣價超過買價之增值部分二〇元課稅，我國兼採上述二種稅制，但以增值型營業稅為主。凡為銷售貨物或勞務所發生之必

要成本及費用皆為計算加值之減項。在加值型營業稅中所有銷售貨物或勞務之行為皆以銷項稱之；因銷售貨物或勞務而

	加值額	加值稅
材料商	二十	—
製造商	二十	—
大批發商	十	0.五
小批發商	二十	—
零售商	三十	— . 五
合計	— 0 0	五

上例中五元加值稅，係材料商以迄零售商五階段所付加值稅之和。由上述實例可知營業稅係在製造與銷售階段課稅，股利收入之取得並未經過製造與銷售之階段，與製造、銷售為全然不同之行為態樣，與營業稅之課徵無涉，故無被列入免稅銷售額之餘地。三、復按「兼營營業人營業稅額計算辦法」第四條規定應納營業稅額之計算公式如左：

應納或溢付稅額 = 銷項稅額 - (進項稅額 - 依本法第十九條規定不得扣抵之進項稅額) × (1 - 當期不得扣抵比例)

茲舉例說明：

銷售課稅貨物	1,000,000 元	銷項稅額	50,000 元
銷售免稅貨物	250,000 元	銷項稅額	0 元
購進課稅貨物	800,000 元	進項稅額	40,000 元
購進免稅貨物	200,000 元	進項稅額	0 元
購進課稅原料	40,000 元	進項稅額	2,000 元

1. 計算當期不得扣抵比例 =  $250,000 \div (1,000,000 + 250,000) = 20\%$

2. 當期應納稅額 =  $50,000 - (40,000 + 2,000) \times (1 - 20\%) = 16,400$  元

茲被告機關復以七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋：「發生之必要成本及費用，皆以進項稱之，例如購進原料，自用文具用品，支付房租及佣金，均為進項。故加值型營業稅額 = 銷項稅額 - 進項稅額，茲舉例說明如下：

一月份銷貨一二 0 萬元，銷貨稅額六萬元，而進貨已支付加值稅五萬元，則本月份應納營業稅為六萬元 - 五萬 = 一萬元

茲再舉一加值稅之計算例示：

假設有一製造商以二十元之成本製造其產品以四十元出售予大批發商，大批發商以五十元出售予小批發商，小批發商以七十元售予零售商，零售商以一〇五（含稅價格）元出售予消費者，其進銷及納稅情形如下：

(1)製造商	$40 \times 5\% = 2$	銷項稅額
	$20 \times 5\% = 1$	進項稅額
	—	加值稅
(2)大批發商	$50 \times 5\% = 2.5$	銷項稅額
	$40 \times 5\% = 2$	進項稅額
	0.5	加值稅
(3)小批發商	$70 \times 5\% = 3.5$	銷項稅額
	$50 \times 5\% = 2.5$	進項稅額
	—	加值稅
(4)零售商	$105 \div 1.05 = 100$	銷售價格
	$100 \times 5\% = 5$	銷項稅額
	$70 \times 5\% = 3.5$	進項稅額
	—	加值稅

兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」同上實例，假設有股利收入七五〇、〇〇〇元，則依上開函釋規定，營業稅額計算如下：

1. 當期不得扣抵比例

$$= (250,000 + 750,000) \div (1,000,000 + 250,000 + 750,000) = 50\%$$

2. 當期應納稅額 =  $50,000 - (40,000 + 2,000) \times (1 - 50\%) = 29,000$

因此，納稅人不得扣抵銷項稅額比例提高，亦即可扣抵銷項稅額之進項稅額減少。然而，原告之轉投資行為，不過移轉一部份資金買受他人之股份，並無因此資金移轉行為支出成本或費用（例如：添購設備、材料），故無進項稅額，既無進項稅額，何言扣抵？再者，投資人對於所投資之公司並無付出勞務之義務，公司與股東間不當然成立

勞務關係；而銷售勞務必有一方付出勞務，一方支付對價，始足當之，然股東之投資行為，並不當然有股利之收入，而股東取得股利收入，係股東權利，並非勞務關係，亦即股東原不必付出勞務，即可享有收取股利之權利，故股東有無付出勞務，與股利收入之取得，並無對價關係，從而轉投資行為，並非銷售勞務行為，應無異議。股利收入不是銷售貨物之收入，亦非銷售勞務之收入，與營業稅之課徵無關，自不應以免稅銷售額之名義來計算不可扣抵進項稅額，以致提高了納稅人不得扣抵之比例，變相課徵營業稅。由右例可明顯看出被告機關將股利收入列為免稅貨物或勞務，影響納稅人之扣抵權益，此一課稅方式實係扭曲「銷售貨物或勞務」之行為本質，無端將非銷售行為態樣之股利收入，推定為銷售貨物（或勞務）之收入，並在法無明文下將股利收入列為銷售行為之例外免稅項目以計算不得扣抵之比例，無異是以行政命令將非屬營業稅之項目，行課稅之實，其認事用法違誤，彰彰明甚。四、股利與利息間稅負之不公平：營業人如有剩餘資金，其運用方式有購買票券、公債、存入金融機構孳生利息或投資股票賺取股利等，均屬營業外收入，同為不屬營業稅之課稅範圍，何以利息列入免稅銷售額申報，而股利收入應列入免稅銷售額申報並據以辦理調整，形成對股利收入課徵營業稅，有失公允。五、前述之比例扣抵法導致營業人其他與股利收入無關之進項稅額不能扣抵，影響納稅人之權益至鉅，財政部已於八十一年八月二十五日以台財稅第八一一六七五六六〇號令修正該計算辦法部份條文，准許營業人可申請採用直接扣抵法，區分貨物或勞務之實際用途計算進項稅額可扣抵銷項稅額之金額。由上足證，財政部已察覺將股利收入依比例扣抵法計算不可扣抵比例之不合理，故有修正之舉，蓋股利收入如以銷貨收入或勞務收入視之，則該比例扣抵法並無不合理處，財政部即無修正該計算方法之必要，財政部既知其原課徵方式有誤而修正之，卻不願更正前此依該錯誤方式課稅所為之處分，令人不服。六、本案系爭點在於轉投資取得股利收入，此一行為是否可認為係銷售行為，若非銷售行為，則非營業稅之課稅對象，若屬銷售行為，而立法考量以不徵收營業稅為宜者，則應以明文規定減免，始符法制，斷無由行政機關以一紙行政命令決定應否課稅之理，不言而喻。原告一再於訴願程序

中請求被告機關就取得股利之行為說明其行為態樣及股利收入為免稅項目之推論過程，惟被告機關自始至終均未提出說明，僅以原告「因轉投資其他營利事業取得股利，自應依本部前開七十七台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，將該股利彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報」等語駁回原告之請求，實難自圓其說，自有未合。七、未按原告於本案之救濟程序中，一直未見各作成決定之行政機關，關於其決定之形成係如何推論而得，提出解釋，乃每以「函釋規定如此，自應依照辦理」為由，否准原告之請求，殊難令人甘服，而被告機關此一課稅方式，引起各大企業集團強力之反彈，莫不以抗爭到底之決心進行各項救濟程序，紛爭擾攘不斷，無或已時，為此原告懇請鈞院給予言詞辯論機會，使雙方所持觀點，得充分說明、釐清，以杜紛爭，並請鈞院判決將一再訴願決定及原處分均予撤銷等語。

被告機關答辯意旨略謂：一、按「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - (當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額) × (1 - 當年度不得扣抵比例)。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項之勞務者，並應依左列公式調整：調整稅額 = [當年度進口貨物(乘人小汽車除外)依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額] × 徵收率 × 當年度不得扣抵比例 - [當年度進口已納營業稅額(乘人小汽車除外) + 當年度購買勞務已納營業稅額]。」分別為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項及第七條第一項、第二項所明定。又財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年

股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額：並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」二、查原告係經營紡織製造業之營業人，因轉投資其他營利事業，於七十七年至八十一年度取得股利收入計一、八四六、七九二、九九四元，自應依財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋及兼營營業人營業稅額計算辦法之規定，將全年度之股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，並計算調整不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務應納稅額，是以本件原告自動加計利息報繳系爭稅款並無適用法規錯誤之情事。右上開財政部函釋僅就兼營營業人營業稅額計算辦法第七條規定內容加以闡釋，自無原告所稱違反或牴觸法律之情事，至兼營營業人營業稅額計算辦法第三條但書，係規定依法應課徵證券交易稅之證券銷售額不列入計算不得扣抵比例，惟本件原告係取得轉投資之「股利收入」，並非取得課徵證券交易稅之證券銷售額，故依法計算調整應納稅額，亦無計算錯誤之情事，從而原處分機關否准原告申請退還系爭稅額，並無不合，敬請予以維持。又類此案件，遠0紡織股份有限公司申請退還溢繳營業稅事件，業經大院分別以八十二年度判字第一五0號、一五八號及二五一號判決駁回確定在案，一併陳明。三、綜上論結原告之訴應認為無理由，請依行政訴訟法第二十六條後段之規定駁回原告之訴等語。

#### 理 由

按「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」營業稅法第一條定有明文。又「本辦法所稱當期或當年度進項不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」，「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - （當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額）×（1 - 當期不得扣抵比例）。兼營營業

人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依左列公式調整：〔當年度進口貨物（乘人小汽車除外）依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額〕×徵收率×當年度不得扣抵比例 - 〔當年度進口已納營業稅額（乘人小汽車除外）+ 當年度購買勞務已納營業稅額〕。〕復為行為時兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項、第七條第一項、第二項所明定。再「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」亦經財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋有案。

查原告係經營紡織製造業之經營人，因轉投資其他營利事業，於七十七年至八十一年度取得股利收入計一、八四六、七九二、九九四元，原告將之列入各當年度最後一期之免稅銷售額，依兼營營業人營業稅額計算辦法規定，調整應納稅額，並依修正稅捐稽徵法第四十八條之一規定自動補報並補繳所漏稅款，合計二六、四七四、五四八元及利息五、三六一、七七〇元，為兩造所不爭執。然因本件原告係取得轉投資之「股利收入」，而非取得課徵交易之證券銷售額。因此，以營利為目的之公司因轉投資其他營利事業取得股利行為，係屬勞務者範疇。從而被告機關乃將全年度之股利收入彙總列入各當年度最後一期之免稅銷售額申報，並計算調整不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務之應納稅額，認本件原告自動加計利息報繳系爭稅款並無適用法規錯誤情事而否准其退稅之申請，揆諸首揭法條規定及函釋意旨，即無違誤。而一再訴願決定遞予維持，亦均無不合。

原告雖訴稱：現行營業稅之課徵，乃對營業人之銷售行為及進口行為課稅，至於營業人轉投資於其他營利事業的行為所取得之股利，依營業稅法修正草案條文對照表之說明：股利已非營業稅之課稅範圍，所以現行營業稅法第八條免稅項目並未包括股利在內，財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函，亦明文解釋股利非屬營業稅規定之課稅範圍。可見股利既不屬課稅範圍亦非免稅項目，非常明

確，財政部七十七年台財稅第七六一一五三九一九號函規定對於股利收入如何在法無明文規定之情形下，成為免稅銷售額，而列入進項稅額不得扣減範圍，並未作成任何推演之辯證，實難令納稅人甘服等語。

惟查因轉投資取得之股利，屬免稅銷售額之範圍，而原告經營紡織業，係依營業稅法第四章第二節規定計算稅額之營業人，其因投資其他營利事業，而取得股利收入，自屬「兼營營業人營業稅額計算辦法」第二條第二項所稱之兼營營業人。是原告因轉投資其他營利事業於七十八年至八十一年取得股利收入之性質，核屬營業稅法第一條規定之勞務範圍，其營業稅額之計算，兼營營業人營業稅額計算辦法第三條、第七條業經明文規定如上述。財政部(77)台財稅第七六一一五三九一九號函僅為就兼營營業人營業稅額計算辦法第七條規定內容加以訓示規定，既無牴觸、擴張、變更母法或營業稅法之規定，自無違反或牴觸法律之可言。原告此部分主張，顯係誤解法令所致。而財政部七十六台財稅第七五五八〇六七號函規定與同部七十七年台財稅第七六一一五三九一九號函前後規定不一致部分，縱屬事實，仍應以營業稅法及兼營營業人營業稅額計算辦法規定為準。次按依行為時稅捐稽徵法第二十八條規定申請退還稅款者，係以納稅義務人對被告因適用法令錯誤或計算錯誤致發生溢繳稅款者為要件。本件被告機關依規定計算調整原不得扣抵之進項稅額及進口貨物暨購買國外勞務之應納稅額，既無適用法規錯誤或計算錯誤情事，從而被告機關否准原告申請退還系爭稅額，亦無不合。綜上所觀，原告起訴論旨，無非係持其一己之私見，斤斤指摘，難謂有理，應予駁回。又本件事證明確，原告聲請舉行言詞審理，核無必要，併此敘明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依刑事訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十三年十月十八日  
(本聲請書其餘附件略)

抄中0汽車工業股份有限公司代表人吳0文聲請書

受文者：司法院

為聲請人於憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起行政訴訟暨再審之訴，對於行政法院八十三年度判字第二四五五號判決及八十四年度判字第六〇七號判決所適用之財政部（七十七）台財稅第七六一一五三九一九號函，發生牴觸憲法之疑義，聲請大法官會議解釋事：

聲請事項：

財政部中華民國（下同）七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函謂：「兼營投資業務之營業人於年度中收取之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」係將股利收入視為免稅銷售額，於年度終了時，與其他免稅銷售額合併，計算該部份收入佔全年收入之百分比，該百分比即該營業人當年度不得扣抵營業稅之比例。惟股利收入並非營業稅法上之「銷售額」，更非「免稅銷售額」，無併入其他免稅銷售額，併同計算不得扣抵之營業稅比例之餘地，此一函令顯然違反憲法第十九條租稅法定主義，並牴觸憲法第十五條保障人民財產之意旨，應屬無效。

說明：

一、聲請解釋憲法之目的

憲法第十九條規定人民有依法納稅之義務，大法官會議第二一七號解釋明白宣示：人民僅依法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期間等項，而負納稅之義務。是法無明文者，無納稅義務可言。

現行營業稅制是建立在進銷項稅額相互扣抵之基礎上，計算應納稅額，亦即銷售貨物所加計之營業稅額，扣減買進原、物料等進貨所加計之營業稅額，為營業人應繳納之營業稅額。

財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九

號函：「兼營投資業務之營業人於年度中收取之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納」（附件一、二），要求納稅人依該函令將股利收入視為免稅銷售額，彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算不得扣抵比例，亦即（免稅銷售 + 股利收入）÷ 全年總收入 = 不得扣抵比例

前述計算方式使聲請人將原不屬於免稅銷售額之股利收入，彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額，致提高不得扣抵（退回）營業稅之比例，減少可退還之營業稅款；實質上係對股利收入迂迴課徵營業稅，侵害聲請人於憲法所保障之財產權並與憲法第十九條規定之租稅法定主義有違。嗣聲請人雖經法定程序提起訴願、再訴願、行政訴訟，惟行政院八十三年度判字第二四五五號判決暨八十四年判字第六〇七號再審判決，仍維持適用上開財政部函釋，聲請人爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請大院大法官會議就上述牴觸憲法之疑義予以解釋。

## 二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

- (一)按營業稅法第一條明列營業稅之課稅範圍：「在中華民國境內銷售貨物或勞務，及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」（附件三），可知營業稅之客體為「銷售貨物」、「銷售勞務」及「進口貨物」，若符合銷售貨物、銷售勞務及進口貨物之行為而得例外減免者，法律須將明文例示，如營業稅法第八條者是，俾使免稅義務有清晰法源可據；若有一行為未列於免徵營業稅規定下，該行為如非屬應課營業稅之行為，則該行為即非關營業稅之課稅範圍。
- (二)財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，將股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷

售額申報，依此函釋，股利收入被視為「免稅銷售額」，必須與其他免稅銷售額合併，用以計算不得退還之營業稅之比例，計算應納或溢付稅額。

全國企業集團因有將來無法獲得平反，可能遭受高達五倍罰鍰之恐懼，不得已均採取先繳稅再申請退稅之方式，再依法尋求救濟，故聲請人於民國（下同）八十二年七月二十三日將七十七年至七十八年之股利收入列入各當年度最後一期之免稅銷售額，依該函之解釋計算不得扣抵比例，報繳稅款，合計新台幣（下同）一〇、六六五、九九五元及利息二、八七五、六八一元，再於八十二年八月十一日向台北市政府稅捐稽徵處申請退還上開稅款及利息。詎原稅捐稽徵機關引上開財政部函釋，駁回聲請人之請求，聲請人不服原處分機關之處分，遂循法律途徑請求救濟，詎訴願、再訴願決定及行政法院及再審之判決（參附件四、五、六、七），均仍援引上開相同之財政部函釋，駁回聲請人之主張及聲請。

(三)茲有疑義者，乃「股利收入」是否源於銷售貨物、銷售勞務及進口貨物，而屬於應課營業稅之範圍？惟若屬於應課營業稅之範圍，財稅機關卻從未對股利收入課徵過營業稅，是否股利收入屬營業稅之免稅項目，享有豁免之優待？然課稅、免稅應有明文可據，上述大法官會議第二一七號解釋已解釋甚明，乃現行營業稅法卻無股利收入屬免稅項目之規定，是財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函將法無明文規定之免稅項目視為免稅項目，係擅自創設免稅項目，有違租稅法定主義及大法官作成之解釋。

(四)另查財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函（附件八）解釋：「主旨：營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅。說明二：營業人取得之股利，核非屬營業稅法規定之課稅範圍，專

營投資業務之營業人取得之進項憑證所支付之進項稅額，應不得申報扣抵或退還。」是財政部此函釋原已肯定股利非屬營業稅法規定之課稅範圍，故「應免徵營業稅」，在此所謂免徵營業稅，係指不發生課徵營業稅問題，並非營業稅法第八條免稅項目之謂；既然財政部已肯定股利非屬營業稅法規定之課稅範圍，即非課稅範圍之收入，既非課稅範圍之收入，自無列入免稅銷售額之餘地。財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函如何將「股利非屬營業稅法規定之課稅範圍」解釋為「免稅銷售額」，實令納稅人難以理解。

前開函釋擅自對營業稅法未規定之事項創設免稅項目，並以之為阻礙人民扣稅之依據，變相課以人民法律未規定之稅賦，違反憲法第十九條租稅法律主義，並牴觸憲法第十五條保障人民財產權之意旨，應屬無效。詎前開行政法院之終局判決再審判決仍予適用，實有違誤，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定聲請解釋。

### 三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

(一)財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函，將股利收入解釋為「免稅銷售額」，違反租稅法定主義。

憲法第十九條規定：人民有依法律納稅之義務。依此規定政府向人民課稅時，有關課稅之權利義務之內容，包括納稅義務人、賦稅種類、稅率、課稅標準、處罰等；及課稅程序之內容，包括租稅之申報、查核等各項稽徵程序，均應依法律之規定，俾使政府徵稅在人民可預期預見之範圍內運作，俾免人民被任意強索稅賦，淪為魚肉，此乃我憲法第十五條規定人民財產權之保障，及第十九條人民依法納稅規定之所由設。蓋保障人民之私權，為現代民主法治社會所追求實現之目標，故關於人民權利義務之事項應以法律定之，中央法規標準法第五條第一項第二款定

有明文，此原則表現於徵索人民財產之賦稅義務尤然。立法院財政委員會七十四年六月十二日（七四）台財發字第0五七號函「營業稅法修正草案」條文對照表說明（即當初之立法意旨）第八條第二八項之規定：「修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅述，爰予刪除。」，是以現行營業稅法第八條免稅項目並未包括股利在內。唯有課稅範圍內之客體，始有「應稅」、「免稅」之區分，營業稅法當初在修訂時，將免稅項目之股利排除，目的在排除股利課徵任何營業稅，惟因新制營業稅法採進、銷項相減法計算應納稅額或溢付稅額，財政部認為股利收入既非應稅、免稅、或零稅率之業務，專營投資業務公司既無銷項稅額，則其公司之進項稅額即全部不能抵退稅，亦即專營投資業務公司應負擔全部進項稅額之營業稅，其課稅效果與專營免稅業務者完全相同，導致財政部為使此一效果「類推適用」於專營應稅及零稅率業務之廠家，遂以七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將股利收入推定為「免稅銷售額」，強將股利納入營業稅課稅體系，完全違反了營業稅法的精神，侵害人民依法扣稅之權利，變相課以人民納稅之義務，使納稅人負擔不必要之稅負，其有違憲法第十九條租稅法律主義，不言而喻。

按行政院六十年判字第四一七號判例明白揭示：「公法之適用，以明文規定者為限，公法未設有明文者，自不得以他法之規定而類推適用，止乃適用法律之原則。」（附件九），依判例意旨，公法未設有明文者，尚不得類推適用其他「法律」，況無法律根據之「效果」，更無類推適用之餘地。七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋，單以專營投資業務公司之營業稅租稅效果，與專業免稅業務之營業人相同，即倒推認定專營應稅與零稅率業務之營業人，亦應將股利收入應列入免稅銷售額，導致專營應稅與零稅率業務之營業人亦必須自行

吸收進項稅額，要非合理。系爭函釋違背法律適用原則，擅自類推適用，與上開判例意旨顯然違背。

- (二)財政部七十七年七月八號台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，股利收入營業人適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」，創設人民納稅之義務。

所謂「兼營營業人」係指「兼營營業人營業稅額計算辦法」第二條第二項所規定，兼營應稅及免稅貨物或勞務，或兼依營業稅法第四章第一節及第二節計算稅額者而言。股利收入源於轉投資之獲利，係理財行為，非銷售行為，不該當「兼營營業人」之構成要件，原無適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」之餘地，然財政部就股利收入之法律性質，從未提出辨正，只以台財稅第七六一一五三九一九號函即將轉投資取得股利收入之理財行為認定為銷售勞務之營業行為，並將股利收入「類推」為「免稅銷售額」，強營業人適用不相關之「兼營營業人營業稅額計算辦法」，創設人民納稅之義務，其有違租稅法律主義，至為顯然。

- (三)課稅公平原則應以租稅法律主義為前提，不得只以課稅公平原則作為課稅依據

查係爭函釋係假設一分進項稅額必須有一分銷項稅額，始得扣抵，股利既非應稅、免稅、或零稅率之業務，即無銷項稅額，既無銷項稅額即不能扣抵進項稅額，不能扣抵進項稅額，即應以免稅項目視之，用以計算不能扣抵營業稅之比例，如此推論果真合理乎？大謬斯矣！

股利係因非屬銷售業務，故無銷項稅額，並非因無銷項稅額而導出為免稅銷售額，系爭函釋係錯論因果關係之結論。股利因非屬銷售業務，無應課營業稅與否問題，應排除於營業稅納稅體系，意即應排除於上述營業稅不得扣抵比例之計算公式之外，並非無銷項稅額之收入均得推定為免稅銷售額，財政部系爭函釋之謬誤，在於將若 A（免稅銷售額）則 B（不扣抵營業稅）之命題，導出若 B（不

扣抵營業稅)則 A (免稅銷售額), 倒果為因之謬誤結論, 蓋不扣抵營業稅, 可以是非關營業稅問題之不課稅之業務, 則並非可導出免稅銷售業務之收入之結論, 而非關營業稅問題之不課稅之業務, 係應將不課稅業務之收入排除於營業稅計算公式之外, 而非併入不可扣抵營業稅之計算方式, 茲舉例說明如下: 例如: 某建商採比例扣抵法繳納營業稅, 為蓋房子出售而支出材料等費用 500 百萬元 (供課稅與免稅營業稅), 其中進項稅額為 25 萬元, 賣出值 300 萬元之房屋, 支出銷項稅額 15 萬元, 銷售免稅貨物 300 萬元, 而其數年前所轉投資之其他業務於今年有極佳獲利 1000 萬元, 該建商當年應繳營業稅為:

應納或溢付稅額 = 銷項稅額 - (進項稅額 - 進項稅額 × 當年度不可扣抵比例)

$300$  (免稅銷售額)  $\div$  ( $300 + 300$ ) 應繳與免稅銷售總額) =  $0.5$  (不可扣抵比例)

$15 - (25 - 25 \times 0.5) =$  (應納稅額)  $2.5$  (萬元)

如按係爭台財稅第七六一一五三九一九號函釋, 該建商應支付之營業稅為:

$[300$  (免稅銷售額)  $+ 1000$  (股利)]  $\div$  ( $300 + 300 + 1000$ ) (全年總收入) =  $0.8125$  (當年度不可扣抵比例)

$15 - (25 - 25 \times 0.8125) =$  (應繳稅額)  $10.3125$  (萬元)

由上述計算式可知, 系爭函釋規定將股利併入免稅銷售額, 提高了不可扣比例, 使營業人負擔更多之應納稅額, 其對營業人之財產權所造成之侵害, 彰彰明甚。

系爭函釋將應稅、免稅、或零稅率業務外之理財行為, 推定為免稅之銷售行為, 從而將不發生營業稅課稅問題之股利收入, 推定為「免稅之銷售收入」, 使股利收入從「不扣抵」成為「不可扣抵」進項稅額之項目, 其推論過程之謬誤, 已如上述, 是課稅公平原則若非植基於租稅法律主義之上, 即將造成如上述不公平課稅之現象。如基於租稅公平之考量, 認為股利有課稅之必要, 應循立法途

徑正式立法，不得徒以課稅公平原則為課稅依據，否則，憲法第十九條租稅法律主義與第十五條人民財產權之保障，將形同具文，人民將何所措手足乎？

- (四)財政部修訂「兼營營業人營業稅額計算辦法」，以改正比例扣抵法依系爭函釋規定營業稅不可扣抵比例計算方式之謬誤。

復查財政部已於八十一年八月二十五日以台財稅第八一一六七五六六〇號令修正該計算辦法部分條文，明定兼營營業人得自八十一年九月一日起，經向稽徵機關申請核准採用直接扣抵法，按貨物或勞務之實際用途計算進項稅額可扣抵銷項稅額之金額，及進口貨物、購買國外勞務之應納稅額。。如前後規定均無錯誤，則不論依那一種計算方式，在營業稅法未修訂之情形下，均可得到相同之結果，如今既會產生不同之結果，表示其中一種方法必定有錯，而造成租稅不公平現象。營業人在採取修訂後之直接扣抵法後，不再發生前述將股利收入視為免稅銷售額，提高營業稅不可扣抵比例之不合理現象，足證前法之計算方式有誤，計算方式有誤，造成強徵人民稅負之現象，自屬違憲。

- (五)綜上所述，聲請人之轉投資行為，是理財行為，股利之有無視轉投資人之盈虧情形而定，非必發給，無交易性質，與以互相移轉所有權為條件之銷售行為不同，故因轉投資取得之股利收入，不能稱為銷售額，既非銷售額，自無被認定為「免稅銷售額」之餘地；而「兼營營業人營業稅額計算辦法」，所指之兼營營業人係指兼營應稅與免稅業務之營業人，故有股利收入之營業人，如無兼營應稅與免稅業務，亦不能稱為兼營營業人，不能適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」。系爭函釋以錯誤之邏輯推演課稅公平原則，創設股利收入為免稅營業稅額之項目，違背營業稅法，自屬無效，復根據無效之函釋規定營業人據以計算營業稅不可扣抵比例，導致營業人可扣抵比例減少，侵害

營業人扣稅權益，亦即變相課稅徵了原不應課徵營業稅之項目，違反憲法第十九條租稅法定主義並牴觸憲法第十五條保障人民之財產權，為特懇請大院大法官會議迅賜解釋如聲請之意旨，以保人權，並彰法治。

四、關係文件之名稱及件數

附件一：財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函影本乙份。

附件二：「兼營營業人營業稅額計算辦法」。

附件三：「營業稅法」

附件四：台北市政府八十二年十一月二十二日（82）府訴字第八二〇八四五六五號訴願決定書影本乙份。

附件五：財政部八十三年七月十四日台財訴第八三〇〇五四四〇五號再訴願決定書。

附件六：行政法院八十三年度判字第二四五五號判決影本乙份。

附件七：行政法院八十四年度判字第六〇七號判決影本乙份。

附件八：財政部七六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函影本乙份

附件九：行政法院六十年判字第四一七號判例要旨影本乙份。

聲請人：中〇汽車工業股份有限公司

代表人：吳〇文

中 華 民 國 八 十 五 年 二 月 六 日

（附件六）

行政法院判決

八十三年度判字第二四五五號

原 告 中〇汽車工業股份有限公司

（設略）

代 表 人 吳〇文 住同上

## 被 告 台北市稅捐稽徵處

上當事人間因營業稅事件，原告不服財政部中華民國八十三年七月十四日台財訴第八三〇〇五四四〇五號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

### 主 文

原告之訴駁回。

### 事 實

緣原告於民國八十二年七月二十三日，將七十七及至七十八年之股利收入列入當年度最後一期之免稅銷售額，並依兼營營業人營業稅額計算辦法規定，調整應納稅額，分別補繳七十七年營業稅新台幣（以下同）六、七四一、七七三元與利息一、五四四、九八九元，及七十八年營業稅三、九二四、二二二元與利息一、三三〇、六九二元，總計一三、五四一、六九六元，復於八十二年八月十一日向被告機關申請退還，案經被告以八十二年八月二十六日北市稽安甲字第四二七〇九號函否准所請。原告不服，乃循序提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨略謂：一、按營業稅法第一條明列課稅範圍：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」，可見營業稅之客體為「銷售貨物、勞務」、及「進口貨物」，若符合上述之行為態樣而得例外減免者，以營業稅法第八條明文規定者為限，至於轉投資所取得之股利，早於修訂營業稅法時即已闡明：「股利非屬營業稅法之課稅範圍」，而於修訂營業稅法時將股利自免稅項目中刪除，且財政部亦以七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函明文解釋股利收入非屬營業稅之課稅範圍，故不論立法原意，或財政部早期之看法均一致肯定股利收入非屬營業稅之課稅客體，要無疑義。二、營業稅，係對營業人銷售貨物或勞務所課徵之一種銷售稅（business tax），我國營業稅法採多階段銷售稅，即對交易過程中，製造、批發及零售各階段銷售行為皆課稅。營業稅之課徵，有就銷售總額課稅，謂之毛額型營業稅，有就銷售中之加值額課稅者謂之加值型營業稅，我國兼採上述二種稅制，但以加值型營業稅為主。營業稅係在製造與銷售階段課稅，股利收入之取得並未經過製

造與銷售之階段，與製造、銷售為全然不同之行為態樣，與營業稅之課徵無涉，故無被列入免稅銷售額之餘地。三、復按「兼營營業人營業稅額計算辦法」第四條規定應納營業之計算公式如左：應納或溢付稅額 = 銷項稅額 - (進項稅額 - 依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額) × (1 - 當期不得扣抵比例)。茲財政部復以七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」然而，原告之轉投資行為，不過係移轉一部分資金買受他人之股份，並無因此資金移轉行為支出成本或費用（例如：添購設備、材料），故無進項稅額，既無進項稅額，何言扣抵？再者，投資人對於所投資之公司並無付出勞務之義務，公司與股東間不當然成立勞務關係；而銷售勞務必有一方付出勞務，一方支付對價，始足當之，然股東之投資行為，並不當然有股利之收入，而股東取得股利收入，係股東權利，並非勞務關係，亦即股東原不必付出勞務，即可享有收取股利之權利，故股東有無付出勞務，與股利收入之取得，並無對價關係，從而轉投資行為，並非銷售勞務行為，應無異議。股利收入不是銷售貨物之收入，亦非銷售勞務之收入，與營業稅之課徵無關，自不應以免稅銷售額之名義來計算不可扣抵之進項稅額，以致提高了納稅人不得扣抵之比例，變相課徵營業稅。被告此一課稅方式實係扭曲「銷售貨物或勞務」之行為本質，無端將非銷售行為態樣之股利收入，推定為銷售貨物（或勞務？）之收入，並在法無明文下將股利收入列為銷售行為之例外免稅項目以計算不得扣抵之比例，無異是以行政命令將非屬營業稅之項目，行課稅之實，其認事用法違誤。四、股利與利息間稅負之不公平：營業人如有剩餘資金，其運用方式有購買票券、公債、存入金融機構孳生利息或投資股票賺取股利等，均屬營業外收入，同為不屬營業稅之課稅範圍，何以利息列入免稅銷售額申報，而股利收入應列入免稅銷售額申報並據以辦理調整，形成對股利收入課徵營業稅，有失公允。五、前述之比例扣抵法導致營業

人其他與股利收入無關之進項稅額不能扣抵，影響納稅人之權益至鉅，財政部已於八十一年八月二十五日以台財稅第八一一六七五六六〇號令修正該計算辦法部份條文，准許營業人可申請採用直接扣抵法，區分貨物或勞務之實際用途計算進項稅額可扣抵銷項稅額之金額。六、本案系爭點在於轉投資取得股利收入，此一行為是否可認為係銷售行為，若非銷售行為，則非營業稅之課稅對象，若屬銷售行為，而立法考量以不徵收營業稅為宜者，則應以明文規定減免，始符法制，斷無由行政機關以行政命令決定應否課稅之理。原告一再於訴願程序中請求財政部就取得股利之行為說明其行為態樣及股利收入為免稅項目之推論過程，惟該部自始至終均未提出說明，僅以原告「因轉投資其他營利事業取得股利，自應依本部前開七十七台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，將該股利彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報」等語據以駁回原告之請求，實有未合。七、未按原告於本案之救濟程序中，一直未見各作成決定之行政機關，關於其決定提出解釋，乃每以「函釋規定如此，自應依照辦理」為由，否准原告之請求，殊難令人甘服。為此請鈞院給予言詞辯論機會，並撤銷原處分等語。

被告答辯意旨略謂：查原告係經營汽車製造業之營業人，因轉投資其他營利事業，而取得股利收入，係屬兼營營業人營業稅額計算辦法第二條第二項所稱之兼營營業人，自有兼營營業人營業稅額計算辦法規定之適用。原告於七十七年及七十八年取得股利收入各為二四三、〇六五、八六四元及一二七、一六八、八八五元，依財政部（七十七）台財稅第七六一一五三九一九號函及兼營營業人營業稅額計算辦法之規定，自應將全年度之股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，並計算調整不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買外國勞務之應納稅額，是以本件原告自動加計利息報繳系爭稅款並無適用法規錯誤之情事。至財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋，係就兼營營業人營業稅額計算辦法第七條定內容加以闡釋，既無牴觸、擴張、變更母法或營業稅法之規定，自無違背法理可言，原告此部分主張，顯係誤解法令所致。又稅捐稽徵法第二十八條規定得申請退還稅款者，係以納稅義務人對原處分機關因適用法令錯

誤或計算錯誤致生溢繳稅款為要件，本件原告係依規定計算調整不得扣抵之進項稅額，既無適用法令錯誤或計算錯誤之情事，從而被告所屬大安分處否准原告申請退還系爭稅額，自無不合。原告所提財政部八十一年八月二十五日台財稅第八一一六七五六六〇號函，僅係財政部增訂「兼營營業人營業稅額計算辦法」第八條之一、之二、之三法條，與本案原告以適用法令錯誤為由請求退還補繳之稅款無關，又同類案件遠〇紡織股份有限公司、亞〇水泥股份有限公司、潤〇紡織股份有限公司、裕〇汽車製造股份有限公司等申請退還溢繳營業稅事件，業經行政院分別以八十二年度判字第一五八號、一二〇七號、八一八號、八十三年度判字第一九六〇號判決駁回確定在案，一併陳明。綜上論結，原告之訴應認為無理由，請判決駁回等語。

#### 理 由

按「本辦法（即兼營營業人營業稅額計算辦法）所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例，係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - （當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額）×（1 - 當年度不得扣抵比例）。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依左列公式調整：調整稅額 = 〔當年度進口貨物（乘人小汽車除外）依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額〕×徵收率×當年度不得扣抵比例 - 〔當年度進口已納營業稅額（乘人小汽車除外）+ 當年度購買勞務已納營業稅額〕。」分別為行為時兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項、第七條第一項、第二項所明定。又「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整

稅額，併同繳納。」亦經財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋在案。查原告係經營汽車製造業之營業人，因轉投資其他營利事業，而取得股利收入，其七十七年及七十八年取得之轉投資股利二四三、〇六五、八六四元及一二七、一六八、八八五元，經依財政部七十七年七月八日台財第七六一一五三九一九號函釋及兼營營業人營業稅額計算辦法規定，補繳營業稅額七十七年度六、七四一、七七三元，七十八年度三、九二四、二二二元。嗣以該部前開七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋與營業稅法牴觸，乃於八十二年八月十一日向被告申請退還前開已繳之營業稅，被告以營業人轉投資於其他營利事業之行為，非屬銷售貨物或勞務，其所取得之股利收入，非屬營業稅範圍。營業人以購買貨物或勞務所支付之進項稅額申報扣抵銷售貨物或勞務之銷項稅額，應以其所銷售之貨物或勞務屬於應稅者為限，免稅者則不得扣抵，故兼營投資業務之營業人取得之股利收入，既非屬營業稅課稅範圍之收入，其相關之進項稅額自應不得扣抵，否准其所為退還之申請，揆諸首揭法條及財政部函釋規定，並無違誤。原告訴稱：伊所取得之轉投資股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，亦非免稅所得。蓋營業稅係在製造與銷售階段課稅，而股利收入之取得並未經過製造或銷售之階段，與製造、銷售為全然不同之行為態樣，故與營業稅之課徵無涉，原告之轉投資行為，不過係移轉一部份資金買受他人之股份，並無因此資金移轉行為支出成本或費用，故無進項稅額，既無進項稅額，何言扣抵？再投資人對於所投資之公司並無付出勞務之義務，公司與股東間不當然成立勞務關係，從而轉投資行為，並非銷售勞務行為，股利收入不是銷售貨物之收入，亦非銷售勞務之收入，與營業稅之課徵無關，不應以免稅銷售額之名義來計算不可扣抵之進項稅額。又股利與利息均屬營業外之收入，同為不屬營業稅之課稅範圍，何以利息免列入免稅銷售額申報，而股利收入應列入免稅銷售額申報並據以辦理調整，有失公允。況財政部已於八十一年八月二十五日以台財稅第八一一六七五六〇號令修正該計算辦法部份條文，准許營業人可申請採用直接扣抵法，區分貨物或勞務之實際用途計算進項稅額可扣抵銷項稅額之金額。本案系爭點在於轉投資取得股利收入，此一行為是否可認為係銷

售行為，若非銷售行為，則非營業稅之課稅對象，若屬銷售行為，而立法考量以不徵收營業稅為宜者，則應以明文規定減免，始符法制，斷無由行政機關以行政命令決定應否課稅之理等語。然查原告因轉投資所取得之股利，係屬兼營營業人營業稅額計算辦法第二條第二項所稱之兼營營業人，自有該辦法規定之適用，至財政部前揭函釋與憲法租稅法定主義及有關稅法之規定，並無牴觸或變更營業稅法之規定，原告指稱被告無異以行政命令將非屬營業稅之項目，行課稅之實，顯屬不當云云，尚屬誤會。從而原告原申報時依前開七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋暨兼營營業人營業稅額計算辦法第三條、第七條規定：將系爭股利收入，彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，並計算調整不得扣抵之進口稅額暨進口貨物及購買外國勞務之應納稅額，並無適用法令錯誤或計算錯誤之情事，被告否准其申請退還該已繳之營業稅額，核與稅捐稽徵法第二十八條規定相符，原告所為主張，尚無可採。訴願、再訴願決定，遞予維持原處分，均無不合。原告起訴論旨，非有理由，應予駁回。據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十三年十一月十八日  
(本聲請書其餘附件略)

抄裕 O 汽車股份有限公司代表人吳 O 文聲請書

受文者：司法院

為聲請人於憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起行政訴訟暨再審之訴，對於行政法院八十三年度判字第一九六 O 號判決及八十三年度判字第二七 O 九號判決所適用之財政部（七十七）台財稅第七六一一五三九一九號函，發生牴觸憲法之疑義，聲請大院大法官會議解釋事：

聲請事項：

財政部中華民國（下同）七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函謂：「兼營投資業務之營業人於年度中收取之

股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」，係將股利收入視為免稅銷售額，於年度終了時，與其他免稅銷售額合併，計算該部份收入佔全年收入之百分比，該百分比即該營業人當年度不得扣抵營業稅之比例。惟股利收入並非營業稅法上之「銷售額」，更非「免稅銷售額」，無併入其他免稅銷售額，併同計算不得扣抵之營業稅比例之餘地，此一函令顯然違反憲法第十九租稅法定主義，並抵觸憲法第十五條保障人民財產之意旨，應屬無效。

說明：

#### 一、聲請解釋憲法之目的

憲法第十九條規定人民有依法納稅之義務，大法官會議第二一七號解釋明白宣示：人民僅依法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期間等項，而負納稅之義務。是法無明文者，無納稅義務可言。

現行營業稅制是建立在進銷項稅額相互扣抵之基礎上，計算應納稅額，亦即銷售貨物所加計之營業稅額，扣減買進原、物料等進貨所加計之營業稅額，為營業人應繳納之營業稅額。

財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函：「兼營投資業務之營業人於年度中收取之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額：並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納」（附件一、二），要求納稅人依該函令將股利收入視為免稅銷售額，彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算不得扣抵比例，亦即（免稅銷售 + 股利收入）÷ 全年總收入 = 不得扣抵比例

前述計算方式使聲請人將原不屬於免稅銷售額之股利收入，彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額，致提高不得扣抵（退回）營業稅之比例，減少可退還之營業稅款，並與憲法第十九條規定之租稅法定主義有違。嗣聲請人雖經法定程序提起訴願、再訴願、行政訴訟，惟行政法院八十三年度判字第一九六〇號判決暨八十三年判字第二七〇九號再審判決，仍維持適用上開財政部函釋，聲請人爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請 大院大法官會議就上述牴觸憲法之疑義予以解釋。

## 二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

(一)按營業稅法第一條明列營業稅之課稅範圍：「在中華民國境內銷售貨物或勞務，及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」（附件三），可知營業稅之客體為「銷售貨物」、「銷售勞務」、及「進口貨物」，若符合銷售貨物、銷售勞務及進口貨物之行為而得例外減免者，法律須將明文例示，如營業稅法第八條者是，俾使免稅義務有清晰法源可據；若有一行為未列於免徵營業稅規定下，該行為如非屬應課營業稅之行為，則該行為即非關營業稅之課稅範圍。

(二)財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，將股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，依此函釋，股利收入被視為「免稅銷售額」，必須與其他免稅銷售額合併，用以計算不得退還之營業稅之比例，計算應納或溢付稅額。

全國企業集團因有將來無法獲得平反，可能遭受高達五倍罰鍰之恐懼，不得已均採取先繳稅再申請退稅之方式，再依法尋求救濟，故聲請人於民國（下同）八十二年七月二十四日將七十九年度之股利收入列入各當年度最後一期之免稅銷售額，依該函之解釋計算不得扣抵比例，報繳稅款，合計新台幣（下同）六、二三七、二七八元及利息一、五一二、六二六元，再於八十二年八月七日向台北

市政府稅捐稽徵處申請退還上開稅款及利息。詎原稅捐稽徵機關引上開財政部函釋，駁回聲請人之請求，聲請人不服原處分機關之處分，遂循法律途徑請求救濟，詎訴願、再訴願決定及行政法院及再審之判決（參附件四、五、六、七），均仍援引上開相同之財政部函釋，駁回聲請人之主張及聲請。

- (三)茲有疑義者，乃「股利收入」是否源於銷售貨物、銷售勞務及進口貨物，而屬於應課營業稅之範圍？惟若屬於應課營業稅之範圍，財政機關卻從未對股利收入課徵過營業稅，是否股利收入屬營業稅之免稅項目，享有豁免之優待？然課稅、免稅應有明文可據，上述大法官會議第二一七號解釋已解釋甚明，乃現行營業稅法卻無股利收入屬免稅項目之規定，是財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函將法無明文規定之免稅項目視為免稅項目，係擅自創設免稅項目，有違租稅法定主義及大院做成之解釋。
- (四)另查財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函（附件八）解釋：「主旨：營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅。說明二：營業人取得之股利，核非屬營業稅法規定之課稅範圍，專營投資業務之營業人取得之進項憑證所支付之進項稅額，應不得申報扣抵或退還。」是財政部此函釋原已肯定股利非屬營業稅法規定之課稅範圍，故「應免徵營業稅」，在此所謂免徵營業稅，係指不發生課徵營業稅問題，並非營業稅法第八條免稅項目之謂；既然財政部已肯定股利非屬營業稅法規定之課稅範圍，即非課稅範圍之收入，既非課稅範圍之收入，自無列入免稅銷售額之餘地。財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函如何將「股利非屬營業稅法規定之課稅範圍」解釋為「免稅銷售額」，實令納稅人難以理解。

前開函釋擅自對營業稅法未規定之事項創設免稅項目，並以之為阻礙人民扣稅之依據，變相課以人民法律未規定之稅賦，違反憲法第十九條租稅法律主義，並牴觸憲法第十五條保障人民財產權之意旨，應屬無效。詎前開行政法院之終局判決再審判決仍予適用，實有違誤，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定聲請解釋。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

(一)財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函，將股利收入解釋為「免稅銷售額」，違反租稅法定主義。

憲法第十九條規定：人有依法律納稅之義務。依此規定政府向人民課稅時，有關課稅之權利義務之內容，包括納稅義務人、賦稅種類、稅率、課稅標準、處罰等；及課稅程序之內容，包括租稅之申報、查核、等各項稽徵程序，均應依法律之規定，俾使政府徵稅在人民可預期預見之範圍內運作，俾免人民被任意強索稅賦，淪為魚肉，此乃我憲法第十五條規定人民財產權之保障，及第十九條人民依法納稅規定之所由設。蓋保障人民之私權，為現代民主法治社會所追求實現之目標，故關於人民權利義務之事項應以法律定之，中央法規標準法第五條第一項第二款定有明文，此原則表現於徵索人民財產之賦稅義務尤然。

立法院財政委員會七十四年六月十二日（七四）台財發字第0五七號函「營業稅法修正草案」條文對照表說明（即當初之立法意旨）第八條第二八項之規定：「修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅述，爰予刪除。」，是以現行營業稅法第八條免稅項目並未包括股利在內。唯有課稅範圍內之客體，始有「應稅」、「免稅」之區分，營業稅法當初在修訂時，將免稅項目之股利排除，目的在排除股利課徵任何營業稅，惟因新制營業稅法

採進、銷項相減法計算應納稅額或溢付稅額，財政部認為股利收入既非應稅、免稅、或零稅率之業務，專營投資業務公司既無銷項稅額，則其公司之進項稅額即全部不能抵退稅，亦即專營投資業務公司應負擔全部進項稅額之營業稅，其課稅效果與專營免稅業務者完全相同，導致財政部為使此一效果「類推適用」於專營應稅及零稅率業務之廠家，遂以七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將股利收入推定為「免稅銷售額」，強將股利納入營業稅課稅體系，完全違反了營業稅法的精神，侵害人民依法扣稅之權利，變相課以人民納稅之義務，使納稅人負擔不必要之稅負，其有違憲法第十九條租稅法律主義，不言而喻。

按行政院六十年判字第四一七號判例明白揭示：「公法之適用，以明文規定者為限，公法未設有明文者，自不得以他法之規定而類推適用，此乃適用法律之原則。」（附件九），依判例意旨，公法未設有明文者，尚不得類推適用其他「法律」，況無法律根據之「效果」，更無類推適用之餘地。七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋，單以專營投資業務公司之營業稅租稅效果，與專營免稅業務之營業人相同，即倒推認定專營應稅與零稅率業務之營業人，亦應將股利收入應列入免稅銷售額，導致專營應稅與零稅率業務之營業人亦必須自行吸收進項稅額，要非合理。係爭函釋違背法律適用原則，擅自類推適用，與上開判例意旨顯然違背。

(二)財政部七十七年七月八號台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，股利收入營業人適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」，創設人民納稅之義務。

所謂「兼營營業人」係指「兼營營業人營業稅額計算辦法」第二條第二項所規定，兼營應稅及免稅貨物或勞務者，或兼依營業稅法第四章第一節及第二節計算稅額者而言。股利收入源於轉投資之獲利，係理財行為，非銷售行

為，不該當「兼營營業人」之構成要件，原無適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」之餘地，然財政部就股利收入之法律性質，從未提出辨正，只以台財稅第七六一一五三九一九號函即將轉投資取得股利收入之理財行為認定為銷售勞務之營業行為，並將股利收入「類推」為「免稅銷售額」，強營業人適用不相關之「兼營營業人營業稅額計算辦法」，創設人民納稅之義務，其有違租稅法律主義，至為顯然。

(三)課稅公平原則應以租稅法律主義為前提，不得只以課稅公平原則作為課稅依據

查系爭函釋係假設一分進項稅額必須有一分銷項稅額，始得扣抵，股利既非應稅、免稅、或零稅率之業務，即無銷項稅額，既無銷項稅額即不能扣抵進項稅額，不能扣抵進項稅額，即應以免稅項目視之，用以計算不能扣抵營業稅之比例，如此推論果真合理乎？大謬斯矣！

股利係因非屬銷售業務，故無銷項稅額，並非因無銷項稅額而導出為免稅銷售額，系爭函釋係錯論因果關係之結論。股利因非屬銷售業務，無應課營業稅與否問題，應排除於營業稅納稅體系，意即應排除於上述營業稅不得扣抵比例之計算公式之外，並非無銷項稅額之收入均得推定為免稅銷售額，財政部系爭函釋之謬誤，在於將若 A（免稅銷售額）則 B（不扣抵營業稅）之命題，導出若 B（不扣抵營業稅）則 A（免稅銷售額），倒果為因之謬誤結論，蓋不扣抵營業稅，可以是非關營業稅問題之不課稅之業務，則並非必可導出免稅銷售額之收入之結論，而非關營業稅問題之不課稅之業務，係應將不課稅業務之收入排除於營業稅計算公式之外，而非併入不可扣抵營業稅之計算方式，茲舉例說明如下：例如：某建商採比例扣抵法繳納營業稅，為蓋房子出售而支出材料等費用 500 萬元（供課稅與免稅營業用），其中進項稅額為 25 萬元，賣出值 300 萬元之房屋，支出銷項稅額 15 萬元，銷售免稅貨物

300 萬元，而其數年前所轉投資之其他業務於今年有極佳獲利 1000 萬元，該建商當年應繳營業稅為：

應繳或溢付稅額 = 銷項稅額 = (進項稅額 - 進項稅額 × 當年度不可扣抵比例)

$300 (免稅銷售額) \div (300 + 300) (應稅與免稅銷售總額) = 0.5 (不可扣抵比例)$

$15 - (25 - 25 \times 0.5) = (應納稅額) 2.5 (萬元)$

如按系爭台財稅第七六一一五三九一九號函釋，該建商應支付之營業稅為：

$[300 (免稅銷售額) + 1000 (股利)] \div (300 + 300 + 1000) (全年總收入) = 0.8125 (當年度不可扣抵比例)$

$15 - (25 - 25 \times 0.8125) = (應繳稅額) 10.3125 (萬元)$

由上述計算式可知，系爭函釋規定將股利併入免稅銷售額，提高了不可扣抵比例，使營業人負擔更多之應納稅額，其對營業人之財產權所造成之侵害，彰彰明甚。

系爭函釋將應稅、免稅、或零稅率業務外之理財行為，推定為免稅之銷售行為，從而將不發生營業稅課稅問題之股利收入，推定為「免稅之銷售收入」，使股利收入從「不扣抵」成為「不可扣抵」進項稅額之項目，其推論過程之謬誤，已如上述，是課稅公平原則若非植基於租稅法律主義為上，即將造成如上述不公平課稅之現象。如基於租稅公平之考量，認為股利有課稅之必要，應循立法途徑正式立法，不得徒以課稅公平原則為課稅依據，否則，憲法第十九條租稅法律主義與第十五條人民財產權之保障，將形同具文，人民將何所措手足乎？

(四) 財政部修訂「兼營營業人營業稅額計算辦法」，以改正比例扣抵法依系爭函釋規定營業稅不可扣抵比例計算方式之謬誤。

復查財政部已於八十一年八月二十五日以台財稅第八一一六七五六六〇號令修正該計算辦法部分條文，明定兼營營業人得自八十一年九月一日起，經向稽徵機關申請核

准採用直接扣抵法，按貨物或勞務之實際用途計算進項稅額可扣抵銷項稅額之金額，及進口貨物、購買國外勞務之應納稅額。如前後規定均無錯誤，則不論依那一種計算方式，在營業稅法未修訂之情形下，均可得到相同之結果，如今既會產生不同之結果，表示其中一種方法必定有錯，而造成租稅不公平現象。營業人在採取修訂後之直接扣抵法後，不再發生前述將股利入視為免稅銷售額，提高營業稅不可扣抵之比例之不合理現象，足證前法之計算方式有誤，計算方式有誤，造成強徵人民稅負之現象，自屬違憲。

(五)綜上所述，聲請人之轉投資行為，是理財行為，股利之有無視轉投資人之盈虧情形而定，非必發給，無交易性質，與以互相移轉所有權為條件之銷售行為不同，故因轉投資取得之股利收入，不能稱為銷售額，既非銷售額，自無被認定為「免稅銷售額」之餘地；而「兼營營業人營業稅額計算辦法」，所指之兼營營業人係指兼營應稅與免稅業務之營業人，故有股利收入之營業人，如無兼營應稅與免稅業務亦不能稱為兼營營業人，不能適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」。系爭函釋以錯誤之邏輯推演課稅公平原則，創設股利收入為免稅營業稅額之項目，違背營業稅法，自屬無效，復根據無效之函釋規定營業人據以計算營業稅不可扣抵比例，導致營業人可扣抵比例減少，侵害營業人扣稅權益，亦即變相課徵了原不應課徵營業稅之項目，違反憲法第十九條租稅法定主義並牴觸憲法第十五條保障人民之財產權，為特懇請大院大法官會議迅賜解釋如聲請之意旨，以保人權，並彰法治。

#### 四、關係文件之名稱及件數

附件一：財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函影本乙份。

附件二：「兼營營業人營業稅額計算辦法」。

附件三：「營業稅法」

附件四：台北市政府八十二年十一月二十二日(82)府訴字第八二〇七七〇三九號訴願決定書影本乙份。

附件五：財政部八十三年五月三十日台財訴第八三〇〇一四五七八號再訴願決定書

附件六：行政法院八十三年度判字第一九六〇號判決影本乙份。

附件七：行政法院八十四年度判字第二七〇九號判決影本乙份。

附件八：財政部七六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函影本乙份

附件九：行政法院六十年判字第四一七號判例要旨影本乙份。

聲請人：裕〇汽車製造股份有限公司

代表人：吳〇文

中 華 民 國 八 十 五 年 二 月 六 日

(附件六)

行政法院判決

八十三年度判字第一九六〇號

原 告 裕〇汽車製造股份有限公司

(設略)

代 表 人 吳〇文 住同上

被 告 台北市稅捐稽徵處

上當事人間因營業稅事件，原告不服財政部中華民國八十三年五月三十日台財訴字第八三〇〇一四五七八號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告於民國八十二年七月二十二日，將七十九之股利收入列入當年度最後一期之免稅銷售額，並依兼營營業人營業稅額計算辦法規定，

調整應納稅額，嗣依稅捐稽徵法第四十八條之一規定自動補報並補繳所漏稅款，合計新台幣（以下同）六、二三七、二七八元及利息一、五一二、六二六元，復於八十二年八月七日向被告機關申請所屬大安分處申請退還，案經該分處八十二年八月十一日北市稽安甲字第三八六七〇號函復否准，原告不服，循序提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨略謂：一、按營業稅法第一條明列課稅範圍：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」，可見營業稅之客體為「銷售貨物、勞務」及「進口貨物」，若符合上述之行為態樣而得例外減免者，以營業稅法第八條明文規定者為限，若非屬「銷售貨物、勞務」、「進口貨物」之行為，自亦無列為營業稅法第八條免稅項目之可言；至轉投資所取得之股利，早於修訂營業稅法時即已闡明：「股利非屬營業稅法之課稅範圍」，而於修訂營業稅法時將股利自免稅項目中刪除（請參照葉耿漢者「股利列為免稅營業額影響扣減銷項稅額」乙文），且財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函釋股利收入非屬營業稅之課稅範圍，故非屬營業稅之課稅客體，要無疑義，合先陳明。二、營業稅，係對營業人銷售貨物或勞務所課徵之一種銷售稅（business tax），我國營業稅法採多階段銷售稅，即對交易過程中，製造、批發及零售各階段銷售行為皆課稅。營業稅之課徵，有就銷售總額課稅，謂之毛額型營業稅，例如：一〇〇元買進，一二〇元賣出，則就一二〇元之銷售總額課稅；有就銷售中之增值額課稅者謂之增值型營業稅，例如一〇〇元買進，一二〇元賣出，僅就賣價過買價之增值部份二〇元課稅，我國兼採上述二種稅制，但以增值型營業稅為主。凡為銷售貨物或勞務所發生之必要成本及費用皆為計算增值之減項。在增值型營業稅中所有銷售貨物或勞務之行為皆以銷項稱之；因銷售貨物或勞務而發生之必要成本及費用，皆以進項稱之，例如購進原料，自用文具用品、支付房租及佣金，均為進項。故增值型營業稅額 = 銷項稅額 - 進項稅額，係在製造與銷售階段課稅，股利收入之取得並未經過製造與銷售之階段，與製造、銷售為全然不同之行為態樣，與營業稅之課徵無涉，故無被列入免稅銷售額之餘地，不待贅言。三、復按「兼營營業

人營業稅額計算辦法」第四條規定應納營業稅額之計算公式如左：應納或溢付稅額 = 銷項稅額 - (進項稅額 - 依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額) × (1 - 當期不得扣抵比例)。財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋亦謂：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」原告之轉投資行為係移轉一部分資金買受他人之股份，並無因此資金移轉行為支出成本或費用（例如：添購設備、材料），故無進項稅額，既無進項稅額何言扣抵？再者，投資人對於所投資之公司並無付出勞務之義務，公司與股東間不當然成立勞務關係；而銷售勞務必有一方付出勞務，一方支付對價，始足當之，然股東之投資行為，並不當然有股利之收入，而股東取得股利收入，係股東權利，故股東有無付出勞務，與股利收入之取得，並無對價關係，從而轉投資行為，並非銷售勞務行為，應無異議。股利收入不是銷售貨物之收入，亦非銷售勞務之收入，與營業稅之課徵無關，自不應以免稅銷售額之名義來計算不可扣抵之進項稅額，以致提高了納稅人不得扣抵之比例，變相課徵營業稅。被告機關將股利收入列為免稅貨物或勞務，影響納稅人之扣抵權益，此一課稅方式實係扭曲「銷售貨物或勞務」之行為本質，無端將非銷售行為態樣之股利收入，推定為銷售貨物（或勞務？）之收入，並在法無明文下將股利收入列為銷售行為之例外免稅項目以計算不得扣抵之比例，無異是以行政命令將非屬營業稅之項目，行課稅之實，其認事用法違誤，彰彰明甚。四、股利與利息間稅賦之不公平：營業人如有剩餘資金，其運用方式有購買票券、公債、存入金融機構孳生利息或投資股票賺取股利等，均屬營業外收入，同為不屬營業稅之課稅範圍，何以利息列入免稅銷售額申報，而股利收入應列入免稅銷售額申報並據以辦理調整，形成對股利收入課徵營業稅，有失公允。（稅務旨刊一五〇二期，許寧佑之稅務案例研剖摘參照）五、前述之比例扣抵法導致營業人其他與股利收入無關之進項稅額不能扣抵，影響納稅人之權益至鉅，財政部已於八十

一年八月二十五日以台財稅第八一一六七五六六〇號令修正該計算辦法部份條文，准許營業人可申請採用直接扣抵法，區分貨物或勞務之實際用途計算進項稅額可扣抵銷項稅額之金額。由上足證，財政部已察覺將股利收入依比例扣抵法計算不可扣抵比例之不合理，故有修正之舉，蓋股利收入如以銷貨收入或勞務收入視之，則該比例扣抵法並無不合理處，即無修正該計算方法之必要，財政部既知其原課徵方式有誤而修正之，卻不願更正前此依該錯誤方式課稅所為之處分，如何能令納稅人甘服，民怨何能止息？六、本案系爭點在於轉投資取得股利收入，此一行為是否可認為係銷售行為，若非銷售行為，則非營業稅之課稅對象，若屬銷售行為，而立法考量以不徵收營業稅為宜者，則應以明文規定減免，始符法制，斷無由行政機關以一紙行政命令決定應否課稅之理。原告一再於訴願程序中請求就取得股利之行為說明其行為態樣及股利收入為免稅項目之推論過程，惟原再訴願決定僅以原告「因轉投資其他營利事業取得股利，自應依本部前開七十七台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，將該股利彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報」等語駁回，實難自圓其說，自有未合。七、末按原告於本案之救濟程序中，一直未見各作成決定之行政機關，關於其決定之形成係如何推論而得，提出解釋，乃每以「函釋規定如此，自應依照辦理」為由，否准原告之請求，殊難令人甘服。而被告機關此一課稅方式，引起各大企業集團強力之反彈，莫不以抗爭到底之決心進行各項救濟程序，紛爭擾攘不斷，無或已時，為此懇請給予言詞辯論機會，使雙方所持觀點，得充分說明、釐清，以杜紛爭，達賦稅公正之目的，以保權益，為此訴請判決撤銷一再訴願決定及原處分。

被告答辯意旨則謂：一、按「納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證明，申請退還」為稅捐稽徵法第二十八條所明定。次按「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅額銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人

於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年已扣抵之進項稅額 - ( 當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額 ) × ( 1 - 當年度不得扣抵比例 )。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依左列公式調整：調整稅 = [ 當年度進口貨物 ( 乘人小汽車除外 ) 依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額 ] × 徵收率 × 當年度不得扣抵比例 - [ 當年度進口已納營業稅額 ( 乘人小汽車除外 ) + 當年度購買勞務已納營業稅額 ]。』分別為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項，第七條第一項、第二項所明定。又財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納」另「營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅。」亦為財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函釋示有案。二、本件起訴理由略謂：「股利收入係因買受股份而孳生之利得，並非銷售貨物或勞務之收入，無交易性質，不屬於營業稅課稅範圍，此亦經財政部（七十六）台財稅第七五五八〇六七號函所確認。又營業稅法第八條所列之免稅項目並未包含股利收入，股利收入不應適用免稅之規定，再兼營營業人，係指兼營應稅及免稅貨物或勞務者之謂，原告產生股利收入之轉投資行為非營業稅法第三條及第四條所定義之銷售貨物或勞務，且不屬於營業稅法第八條所規定之免稅貨物或勞務範圍，從而原告雖有股利收入，並不能被認定為兼營營業人，自無須列入免稅銷售額計算不可扣抵之進項稅額，財政部七十七年台財稅第七六一一五三九一九號函將不課稅範圍推論為免稅，非但與立法原意不符，更有以行政命令變更稅法之違誤，自屬無效。原告依據無效之行政命令，誤而溢繳營業稅款六、二三七、二七八元及利息一、五

一二、六二六元，依稅捐稽徵法第二十八條規定自得請求退還。」等語。三、查原告因轉投資其他營利事業取得股利，應依財政部前開七十七台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，將該股利彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，並計算調整不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務之應納稅額，本處大安分處原核定並無適用法令錯誤或計算錯誤之情事，從而該分處否准其申請退還該稅額，核與首揭稅捐稽徵法第二十八條規定並無不合。四、綜上論結，原告之訴應認為無理由，請判決駁回，俾維稅政。

#### 理 由

一、按「納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證明，申請退還」固為稅捐稽徵法第二十八條所明定，然按「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例，係指各該期間免稅額銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - (當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額) × (1 - 當年度不得扣抵比例)。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依左列公式調整：調整稅額 = [當年度進口貨物(乘人小汽車除外)依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額] × 徵收率 × 當年度不得扣抵比例 - [當年度進口已納營業稅額(乘人小汽車除外) + 當年度購買勞務已納營業稅額]。」分別為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項、第七條第一項、第二項所明定。又財政部七十七年七月八日台財稅字第七六一一五三九一九號函釋規定：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；

並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」有案。查本案原告七十九年度取得之轉投股利一六一、五六一、三〇六元於八十二年七月二十二日依財政部前開台財字第七六一一五三九一九號函釋及兼營營業人營業稅額計算辦法規定調整應納稅額，並按稅捐稽徵法第四十八條之一規定自動補報並補繳所漏稅款。嗣原告以前開七十七年台財稅字第七六一一五三九一九號函釋與營業稅法牴觸，乃申請退還前開已繳之營業稅及利息。經被告機關否准退還。揆諸首揭說明應無不合，一再訴願決定遞予維持，洵非違誤，原告起訴旨略謂：依營業稅法第一條明列課稅客體為銷售貨物、勞務及進口貨物，若符合上述之行為態樣而得例外減免者，以同法第八條規定為限。至於轉投資所取得之股利，早於修訂營業稅法時即已闡明，股利非屬營業稅法之課稅範圍，而自免稅項目中刪除，且財政部亦以七十六年台財稅字第七五五八〇六七號函亦解釋股利收入非屬營業稅之課稅範圍，故不論立法原意或財政部早期之看法，均一致肯定股利收入非屬營業稅之課徵客體。且營業稅係在製造與銷售階段課稅，股利收入之取得並未經過製造或銷售階段，與製造、銷售為全然不同之行為態樣，與營業稅之課徵無涉。再者，原告之轉投資行為，不過係移轉一部份資金買受他人之股份，並無因此資金移轉行為支出成本或費用，故無進項稅額，又投資人對於所投資之公司並無付出勞務之義務，而股東之投資行為，並不當然有股利之收入，且股東取得股利之收入，係股東之權利，並非勞務關係，故轉投資行為並非銷售勞務行為，被告機關將股利收入列為免稅貨物或勞務，依財政部七十七年台財稅字第七六一一五三九一九號函，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，無異是以行政命令將非屬營業稅之項目，行課稅之實，其認事用法自有違誤云云，惟查以營利為目的之公司因轉投資其他營利事業取得之股利，係投資人付出心力，移轉資金取得之代價，論其性質，應解為屬營業稅法第一條規定之銷售勞務範圍，其營業稅額之計算，兼營營業人營業稅額計算辦法第三條、第七條已訂有明文，財政部七十七年台財稅

字第七六一一五三九一九號函僅為就上開辦法規定加以闡釋，既無違母法之規定，自難謂以行政命令變更營業稅項目，原告引用學者見解主張營利事業轉投資取得之股利收入，非屬銷售貨物或勞務之行為，應不屬營業稅法規定之課稅範圍一節，尚不足採，至於財政部七十六年台財稅字第七五五八〇六七號函釋內容，雖與前開七十七年台財稅字第七六一一五三九一九號函前後互異，然基於後令優於前令法理，自應以在後之釋示函為準，原告指後函有違營業稅法亦難採憑，又財政部八十一年台財字第八一一六七五六六〇號令，依原告引敘意旨係修正兼營營業人營業稅額計算辦法部分條文，當與本件以適用法令錯誤為由請求退還補繳之稅款無關，原告指摘被告不願更正前次依錯誤方法計課之處分為違誤，難謂有理由，未查本案法理已明，原告請行言詞辯論核無必要。合併敘明。

二、據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段判決如主文。

中華民國八十三年九月九日  
(本聲請書其餘附件略)

抄中華台〇股份有限公司代表人張〇民聲請書

受文者：司法院

為聲請人於憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起行政訴訟暨再審之訴，對於行政法院八十三年度判字第二五一八號判決及八十四年度判字第七二八號判決所適用之財政部（七十七）台財稅第七六一一五三九一九號函，發生牴觸憲法之疑義，聲請大法官會議解釋事：

聲請事項：

財政部中華民國（下同）七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函謂：「兼營投資業務之營業人於年度中收取之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷

售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」，係將股利收入視為免稅銷售額，於年度終了時，與其他免稅銷售額合併，計算該部份收入佔全年收入之百分比，該百分比即該營業人當年度不得扣抵營業稅之比例。惟股利收入並非營業稅法上之「銷售額」，更非「免稅銷售額」，無併入其他免稅銷售額，併同計算不得扣抵之營業稅比例之餘地，此一函令顯然違反憲法第十九租稅法定主義，並牴觸憲法第十五條保障人民財產之意旨，應屬無效。

說明：

#### 一、聲請解釋憲法之目的

憲法第十九條規定人民有依法納稅之義務，大法官會議第二一七號解釋明白宣示：人民僅依法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期間等項，而負納稅之義務。是法無明文者，無納稅義務可言。

現行營業稅制是建立在進銷項稅額相互扣抵之基礎上，計算應納稅額，亦即銷售貨物所加計之營業稅額，扣減買進原、物料等進貨所加計之營業稅額，為營業人應繳納之營業稅額。

財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函：「兼營投資業務之營業人於年度中收取之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額：並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納」（附件一、二），要求納稅人依該函令將股利收入視為免稅銷售額，彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算不得扣抵比例，亦即（免稅銷售 + 股利收入）÷ 全年總收入 = 不得扣抵比例

前述計算方式使聲請人將原不屬於免稅銷售額之股利收入，彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額，致提高不得扣

抵（退回）營業稅之比例，減少可退還之營業稅款，實質上係對股利收入迂迴課徵營業稅，侵害聲請人於憲法所保障之財產權，並與憲法第十九條規定之租稅法定主義有違。嗣聲請人雖經法定程序提起訴願、再訴願、行政訴訟，惟行政院八十三年度判字第二五一八號判決暨八十四年判字第七二八號再審判決，仍維持適用上開財政部函釋，聲請人爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請大院大法官會議就上述牴觸憲法之疑義予以解釋。

## 二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

(一)按營業稅法第一條明列營業稅之課稅範圍：「在中華民國境內銷售貨物或勞務，及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」（附件三），可知營業稅之客體為「銷售貨物」、「銷售勞務」、及「進口貨物」，若符合銷售貨物、銷售勞務及進口貨物之行為而得例外減免者，法律須將明文例示，如營業稅法第八條者是，俾使免稅義務有清晰法源可據；若有一行為未列於免徵營業稅規定下，該行為如非屬應課營業稅之行為，則該行為即非關營業稅之課稅範圍。

(二)財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，將股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，依此函釋，股利收入被視為「免稅銷售額」，必須與其他免稅銷售額合併，用以計算不得退還之營業稅之比例，計算應納或溢付稅額。

全國企業集團因有將來無法獲得平反，可能遭受高達五倍罰鍰之恐懼，不得已均採取先繳稅再申請退稅之方式，再依法尋求救濟，故聲請人於民國（下同）八十二年七月二日將七十九年至八十年之股利收入列入各當年度最後一期之免稅銷售額，依該函之解釋計算不得扣抵比例，報繳稅款，合計新台幣（下同）七一〇、九一三元及利息一二一、六二七元，再於八十二年八月七日向台北市政府稅捐稽徵處申請退還上開稅款及利息。詎原稅捐稽徵機關

引上開財政部函釋，駁回聲請人之請求，聲請人不服原處分機關之處分，遂循法律途徑請求救濟，詎訴願、再訴願決定及行政法院及再審之判決（參附件四、五、六、七），均仍援引上開相同之財政部函釋，駁回聲請人之主張及聲請。

(三)茲有疑義者，乃「股利收入」是否源於銷售貨物、銷售勞務及進口貨物，而屬於應課營業稅之範圍？惟若屬於應課營業稅之範圍，財政機關卻從未對股利收入課徵過營業稅，是否股利收入屬營業稅之免稅項目，享有豁免之優待？然課稅、免稅應有明文可據，上述大法官會議第二一七號解釋已解釋甚明，乃現行營業稅法卻無股利收入屬免稅項目之規定，是財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函將法無明文規定之免稅項目視為免稅項目，係擅自創設免稅項目，有違租稅法定主義及大院做成之解釋。

(四)另查財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函（附件八）解釋：「主旨：營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅。說明二：營業人取得之股利，核非屬營業稅法規定之課稅範圍，專營投資業務之營業人取得之進項憑證所支付之進項稅額，應不得申報扣抵或退還。」是財政部此函釋原已肯定股利非屬營業稅法規定之課稅範圍，故「應免徵營業稅」，在此所謂免徵營業稅，係指不發生課徵營業稅問題，並非營業稅法第八條免稅項目之謂；既然財政部已肯定股利非屬營業稅法規定之課稅範圍，即非課稅範圍之收入，既非課稅範圍之收入，自無列入免稅銷售額之餘地。財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函如何將「股利非屬營業稅法規定之課稅範圍」解釋為「免稅銷售額」，實令納稅人難以理解。

前開函釋擅自對營業稅法未規定之事項創設免稅項

目，並以之為阻礙人民扣稅之依據，變相課以人民法律未規定之稅賦，違反憲法第十九條租稅法律主義，並牴觸憲法第十五條保障人民財產權之意旨，應屬無效。詎前開行政法院之終局判決再審判決仍予適用，實有違誤，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定聲請解釋。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

(一)財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函，將股利收入解釋為「免稅銷售額」，違反租稅法定主義。

憲法第十九條規定：人有依法律納稅之義務。依此規定政府向人民課稅時，有關課稅之權利義務之內容，包括納稅義務人、賦稅種類、稅率、課稅標準、處罰等；及課稅程序之內容，包括租稅之申報、查核等各項稽徵程序，均應依法律之規定，俾使政府徵稅在人民可預期預見之範圍內運作，俾免人民被任意強索稅賦，淪為魚肉，此乃我憲法第十五條規定人民財產權之保障，及第十九條人民依法納稅規定之所由設。蓋保障人民之私權，為現代民主法治社會所追求實現之目標，故關於人民權利義務之事項應以法律定之，中央法規標準法第五條第一項第二款定有明文，此原則表現於徵索人民財產之賦稅義務尤然。

立法院財政委員會七十四年六月十二日（七四）台財發字第0五七號函「營業稅法修正草案」條文對照表說明（即當初之立法意旨）第八條第二八項之規定：「修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅述，爰予刪除。」，是以現行營業稅法第八條免稅項目並未包括股利在內。唯有課稅範圍內之客體，始有「應稅」、「免稅」之區分，營業稅法當初在修訂時，將免稅項目之股利排除，目的在排除股利課徵任何營業稅，惟因新制營業稅法採進、銷項相減法計算應納稅額或溢付稅額，財政部認為

股利收入既非應稅、免稅、或零稅率之業務，專營投資業務公司既無銷項稅額，則其公司之進項稅額即全部不能抵退稅，亦即專營投資業務公司應負擔全部進項稅額之營業稅，其課稅效果與專營免稅業務者完全相同，導致財政部為使此一效果「類推適用」於專營應稅及零稅率業務之廠家，遂以七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將股利收入推定為「免稅銷售額」，強將股利納入營業稅課稅體系，完全違反了營業稅法的精神，侵害人民依法扣稅之權利，變相課以人民納稅之義務，使納稅人負擔不必要之稅負，其有違憲法第十九條租稅法律主義，不言而喻。

按行政院六十年判字第四一七號判例明白揭示：「公法之適用，以明文規定者為限，公法未設有明文者，自不得以他法之規定而類推適用，此乃適用法律之原則。」（附件九），依判例意旨，公法未設有明文者，尚不得類推適用其他「法律」，況無法律根據之「效果」，更無類推適之餘地。七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋，單以專營投資業務公司之營業稅租稅效果，與專營免稅業務之營業人相同，即倒推認定專營應稅與零稅率業務之營業人，亦應將股利收入應列入免稅銷售額，導致專營應稅與零稅率業務之營業人亦必須自行吸收進項稅額，要非合理。系爭函釋違背法律適用原則，擅自類推適用，與上開判例意旨顯然違背。

（二）財政部七十七年七月八號台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，股利收入營業人適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」，創設人民納稅之義務。

所謂「兼營營業人」係指「兼營營業人營業稅額計算辦法」第二條第二項所規定，兼營應稅及免稅貨物或勞務者或兼依營業稅法第四章第一節及第二節計算稅額者而言。股利收入源於轉投資之獲利，係理財行為，非銷售行為，不該當「兼營營業人」之構成要件，原無適用「兼營

營業人營業稅額計算辦法」之餘地，然財政部就股利收入之法律性質，從未提出辨正，只以台財稅第七六一一五三九一九號函即將轉投資取得股利收入之理財行為認定為銷售勞務之營業行為，並將股利收入「類推」為「免稅銷售額」，強營業人適用不相關之「兼營營業人營業稅額計算辦法」，創設人民納稅之義務，其有違租稅法律主義，至為顯然。

(三)課稅公平原則應以租稅法律主義為前提，不得只以課稅公平原則作為謂稅依據

查系爭函釋係假設一分進項稅額必須有一分銷項稅額，始得扣抵，股利既非應稅、免稅、或零稅率之業務，即無銷項稅額，既無銷項稅額即不能扣抵進項稅額，不能扣抵進項稅額，即應以免稅項目視之，用以計算不能扣抵營業稅之比例，如此推論果真合理乎？大謬斯矣！

股利係因非屬銷售業務，故無銷項稅額，並非因無銷項稅額而導出為免稅銷售額，系爭函釋係錯論因果關係之結論。股利因非屬銷售業務，無應課營業稅與否問題，應排除於營業納稅體系，意即應排除於上述營業稅不得扣抵比例之計算公式之外，並非無銷項稅額之收入均得推定為免稅銷售額，財政部系爭函釋之謬誤，在於將若 A（免稅銷售額）則 B（不扣抵營業稅）之命題，導出若 B（不扣抵營業稅）則 A（免稅銷售額），倒果為因之謬誤結論，蓋不扣抵營業稅，可以是非關營業稅問題之不課稅之業務，則並非可導出免稅銷售業務之收入之結論，而非關營業稅問題之不課稅之業務，係應將不課稅業務之收入排除於營業稅計算公式之外，而非併入不可扣抵營業稅之計算方式，茲舉例說明如下：例如：某建商採比例扣抵法繳納營業稅，為蓋房子出售而支出材料等費用 500 萬元（供課稅與免稅營業用），其中進項稅額為 25 萬元，賣出值 300 萬元之房屋，支出銷項稅額 15 萬元，銷售免稅貨物 300 萬元，而其數年前所轉投資之其他業務於今年有極佳獲利

1000 萬元，該建商當年應繳營業稅為：

應納或溢付稅額 = 銷項稅額 - (進項稅額 - 進項稅額 × 當年度不可扣抵比例)

$300 \text{ (免稅銷售額)} \div (300 + 300) \text{ (應稅與免稅銷售總額)} = 0.5 \text{ (不可扣抵比例)}$

$15 - (25 - 25 \times 0.5) = \text{(應納稅額)} 2.5 \text{ (萬元)}$

如按系爭台財稅第七六一一五三九一九號函釋，該建商應支付之營業稅為：

$[300 \text{ (免稅銷售額)} + 1000 \text{ (股利)}] \div (300 + 300 + 1000) \text{ (全年總收入)} = 0.8125 \text{ (當年度不可扣抵比例)}$

$15 - (25 - 25 \times 0.8125) = \text{(應納稅額)} 10.3125 \text{ (萬元)}$

由上述計算式可知，系爭函釋規定將股利併入免稅銷售額，提高了不可扣比例，使營業人負擔更多之應納稅額，其對營業人之財產權所造成之侵害，彰彰明甚。

系爭函釋將應稅、免稅、或零稅率業務外之理財行為，推定為免稅之銷售行為，從而將不發生營業稅課稅問題之股利收入，推定為「免稅之銷售收入」，使股利收入從「不扣抵」成為「不可扣抵」進項稅額之項目，其推論過程之謬誤，已如上述，是課稅公平原若非植基於租稅法律主義之上，即將造成如上述不公平課稅之現象。如基於租稅公平之考量，認為股利有課稅之必要，應循立法途徑正式立法，不得徒以課稅公平原則為課稅依據，否則，憲法第十九條租稅法律主義與第十五條人民財產權之保障，將形同具文，人民將何所措手足乎？

(四)財政部修訂「兼營營業人營業稅額計算辦法」，以改正比例扣抵法依系爭函釋規定營業稅不可扣抵比例計算方式之謬誤。

復查財政部已於八十一年八月二十五日以台財稅字第八一一六七五六六〇號令修正該計算辦法部分條文，明定兼營營業人得自八十一年九月一日起，經向稽徵機關申請核准採用直接扣抵法，按貨物或勞務之實際用途計算進項

稅額可扣抵銷項稅額之金額，及進口貨物、購買國外勞務之應納稅額。如前後規定均無錯誤，則不論依那一種計算方式，在營業稅法未修訂之情形下，均可得到相同之結果，如今既會產生不同之結果，表示其中一種方法必定有錯，而造成租稅不公平現象。營業人在採取修訂後之直接扣抵法後，不再發生前述將股利入視為免稅銷售額，提高營業稅不可扣抵之比例之不合理現象，足證前法之計算方式有誤，計算方式有誤，造成強徵人民稅負之現象，自屬違憲。

- (五)綜上所述，聲請人之轉投資行為，是理財行為，股利之有無視轉投資人之盈虧情形而定，非必發給，無交易性質，與以互相移轉所有權為條件之銷售行為不同，故因轉投資取得之股利收入，不能稱為銷售額，既非銷售額，自無被認定為「免稅銷售額」之餘地；而「兼營營業人營業稅額計算辦法」，所指之兼營營業人係指兼營應稅與免稅業務之營業人，故有股利收入之營業人，如無兼營應繳稅與免稅業務，亦不能稱為兼營營業人，不能適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」。系爭函釋以錯誤之邏輯推演課稅公平原則，創設股利收入為免稅營業稅額之項目，違背營業稅法，自屬無效，復根據無效之函釋規定營業人據以計算營業稅不可扣抵比例，導致營業人可扣抵比例減少，侵害營業人扣稅權益，亦即變相課徵了原不課稅徵營業稅之項目，違反憲法第十九條租稅法定主義並牴觸憲法第十五條保障人民之財產權，為特懇請大院大法官會議迅賜解釋如聲請之意旨，以保人權，並彰法治。

#### 四、關係文件之名稱及件數

附件一：財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函影本乙份。

附件二：「兼營營業人營業稅額計算辦法」。

附件三：「營業稅法」

附件四：台灣省政府八十二年十二月十五日(82)府訴字第八

二〇八四五六五號訴願決定書影本乙份。

附件五：財政部八十三年七月二十一日台財訴第八三〇〇三一  
一九一一號再訴願決定書

附件六：行政法院八十三年度判字第二五一八號函影本乙  
份。

附件七：行政法院八十四年度判字第七二八號函影本乙份。

附件八：財政部七六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號  
函影本乙份

附件九：行政法院六十年判字第四一七號判例要旨影本乙  
份。

聲請人：中華台〇股份有限公司

代表人：張〇民

中 華 民 國 八 十 五 年 二 月 六 日

（附件六）

行政法院判決

八十二年度判字第二五一八號

原 告 中華台〇股份有限公司

（設略）

代 表 人 張〇民 住同上

被 告 桃園縣稅捐稽徵處

上當事人間因營業稅事件，原告不服財政部中華民國八十三年七月二十一日台財訴字第八三〇〇三一  
一九一一號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告因轉投資其他營利事業，於七十九年及八十年間各收取股利收入新台幣（下同）一七、六〇〇、〇〇〇元，經依財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋及「兼營營業人營業稅額計算辦法」規定，於八十二年七月二日申報補繳七十九年營業稅三六

七、二九三元，利息七九、八五三及八十年營業稅三四三、六二〇元，利息四一、七七四元，共計八三二、五四〇元。嗣原告於八十二年七月十三日以其主要業務為汽車零件之製造，而進項稅額係來自為製造汽車零件而購入或進口之原物料及機器設備，與股利收入並無關係，不適用財政部七十七年台財稅第七六一一五三九一九號函釋，乃依稅捐稽徵法第二十八條規定向被告申請退還補繳之營業稅款及利息，計八三二、五四〇元，被告否准所請。原告不服，循序提起訴願、再訴願，均遭決定駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨如下：

原告起訴意旨略謂：一、按營業稅法第一條明列課稅範圍：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」可見營業稅之客體為「銷售貨物、勞務」及「進口貨物」，若符合上述之行為態樣而得例外減免者，以營業稅法第八條明文規定者為限，若非屬「銷售貨物、勞務」，「進口貨物」之行為，自亦無列為營業稅法第八條免稅項目之可言。至於轉投資所取得之股利，早於修訂營業稅法時即可闡明：「股利非屬營業稅法之課稅範圍」，而於修訂營業稅法時將股利自免稅項目中刪除，且財政部亦以七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函明文解釋股利收入非屬營業稅之課稅範圍，故不論立法原意，或財政部早期之看法均不致肯定股利收入非屬營業稅之課稅客體，要無疑義。二、營業稅係對營業人銷售貨物或勞務所課徵之一種銷售稅（business tax），我國營業稅法採多階段銷售稅，即對交易過程中，製造、批發及零售各階段銷售行為皆課稅。股利收入之取得並未經過製造或銷售之階段，與製造、銷售為全然不同之行為態樣，與營業稅之課徵無涉，故無被列入免稅銷售額之餘地。三、茲被告之七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期免稅額銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額，並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」然而，原告之轉投資行為，不過係移轉一部份資金買受他人之股份，並無因此資金移轉行為支出

成本或費用（例如：添購設備、材料），故無進項稅額，既無進項稅額，何言扣抵？再者投資人對於所投資之公司並無付出勞務之義務，公司與股東間不當然成立勞務關係；而銷售勞務必有一方付出勞務，一方支付對價，始足當之，然股東之投資行為，並不當然有股利之收入，而股東取得股利收入，係股東權利，並非勞務關係，亦即股東原不付出勞務，即可享有收取股利之權利，故股東有無付出勞務，與股利收入之取得，並無對價關係，從而轉投資行為，並非銷售勞務行為，應無異議。自不應以免稅銷售額之名義來計算不可扣抵之進項稅額，否則無異是以行政命令將非屬營業稅之項目，行課稅之實，其認事用法違誤，彰彰明甚。四、股利與利息間稅負之不公平：營業人如有剩餘資金，其運用方式有購買票券、公債、存入金融機構孳生利息或投資股票賺取股利等，均屬營業收入，同為不屬營業稅之課稅範圍，何以利息免列入免稅銷售額申報，而股利收入應列入免稅銷售額申報並據以辦理調整，形成對股利收入課徵營業稅，有失公允。五、由於「兼營營業人營業稅額計算辦法」第四條規定之比例扣抵法導致營業人其他與股利收入無關之進項稅額不能扣抵，影響納稅人之權益至鉅，財政部已部八十一年八月二十五日以台財稅第八一一六七五六六〇號令修正該計算辦法部份條文，准許營業人可申請採用直接扣抵法，區分貨物或勞務之實際用途計算進項稅額可扣抵銷項稅額之金額。由上足證，財政部已察覺將股利收入依比例扣抵法計算不可扣抵比例之不合理，故有修正之舉，惟卻不願更正前此依錯誤方法課稅所為之處分，如何能令納稅人甘服？請將再訴願決定、訴願決定及原處分均撤銷等語。

被告答辯意旨略謂：（一）按「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例，係指各期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部份之銷售淨額占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納」為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項、第七條第一項所明定。又「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手

續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額，並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」亦經財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋在案。本案原告係經營汽車零件之製造買賣業務，因轉投資其他營利事業，分別於七十九年及八十年度取得股利收入一七、六〇〇、〇〇〇元，依前揭辦法及函釋之規定將各年度取得之股利收入彙總列入各年度最後一期免稅銷售額申報，並計算調整不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務之營業稅七一〇、九一三元及利息一二一、六二七元，並無違誤，是以前原告依稅捐稽徵法第二十八條規定申請退還原補繳之稅款及利息，本處予以否准，並無不合。（二）原告起訴意旨略以「財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函明文解釋股利收入非屬營業稅之課稅範圍。」且「股利收入不是銷售貨物之收入，亦非銷貨勞務之收入，與營業稅之課徵無關，自不應以免稅銷售額之名義來計算不可扣抵之進項稅額」及「在法無明文下將股利收入列為銷售行為之例外免稅項目以計算不得扣抵之比例，無異是以行政命令將非屬營業稅之項目，行課稅之實」等云云指摘本處認事用法違誤，惟查依財政部七十六年台財稅第七五五八〇六七號函釋：「營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅。」之規定，以本案原告經營汽車零件之製造買賣，係屬營業稅法第四章第一節規定計算稅額之營業人。甚既有轉投資其他營利事業而取得前揭函釋免徵營業稅之股利收入之行為，已核屬「兼營營業人營業稅額計算辦法」第二條第二項所稱之兼營營業人，自應依該辦法規定將其列入免稅銷售額計算調整不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務之應納稅額，與前揭財政部七十六年台財稅第七五五八〇六七號函釋規定並無相左之處。至財政部七十七年台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定及「兼營營業人營業稅額計算辦法」係依營業稅法第十九條第三項、第三十六條第一項及第四十一條第二項等相關規定所訂定之簡化稽徵作業辦法，並無悖於租稅法定主義，亦無與稅法規定相牴觸，故本案本處依據該

辦法及財政部之函釋規定否准所請，於法有據。（三）至原告以財政部八十一年八月二十五日台財稅第八一一六七五六六〇號令修正「兼營營業人稅額計算辦法」部分條文，推認財政部係察覺將股利收入依比例扣抵法計算不可扣抵比例之不合理，故有修正之舉一節。查財政部八十一年對「兼營營業人稅額計算辦法」所為之修正，僅係增列並修正兼營營業人稅額之計算方式，以簡化稽徵計業，並無礙於關乎股利收入應列入免稅銷售額計算調整營業人當年度應納或溢付稅額之規定，所主張實為推諉之詞。原告所訴顯無理由，請予駁回等語。

#### 理 由

按「納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證明，申請退還。」為稅捐稽徵法第二十八條所明定。次按「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅額銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」、「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - （當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額）×（1 - 當年度不得扣抵比例）。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依左列公式調整：調整稅額 = [當年度進口貨物（乘人小汽車除外）依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額] × 徵收率 × 當年度不得扣抵比例 - [當年度進口已納營業稅額（乘人小汽車除外） + 當年度購買勞務已納營業稅額]。」分別為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項及第七條第一項、第二項所明定。該兼營營業人營業稅額計算辦法係財政部依營業稅法第十九條第三項規定授權訂定，自得予以適用。財政部乃以七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定其報繳手續：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最得一期之免

稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額：並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」本件原告七十九年及八十年各取得之轉投資股利一七、六〇〇、〇〇〇元業於八十二年七月間依財政部前開七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋及兼營營業人營業稅額計算辦法規定繳納營業稅額共計八三二、五四〇元，嗣經原告以財政部前開七十七台財稅第七六一一五三九一九號函釋與營業稅法抵觸，向被告申請退還前開已繳之營業稅。被告以原告因轉投資其他營利事業，取得股利，依財政部前開七十七台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，應將該股利彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，並計算調整不得扣抵之進項稅額暨進口貨物及購買國外勞務之應納稅額，否准其申請退還該稅額，核與首揭稅捐稽徵法第二十八條規定並無不合，一再訴願決定，遞予維持，亦無不當。原告雖主張其非兼營營業人，所取得之轉投資股利，非銷售貨物或勞務，且不屬免稅貨物或勞務之範圍，非屬營業稅之課稅客體，自無須列入免稅銷售額計算不可扣抵之進項稅額，所繳納之營業稅額自應退還云云。惟查，營業人以其所支付之進項稅額申報扣抵銷項稅額，應以其銷項屬課稅範圍者為前提，否則即產生零稅率的退稅補貼現象，故免稅銷售額不得申報扣抵。至非屬營業稅課稅範圍者，自無營業稅法有關扣抵稅額計算之適用。股利收入既非屬營業稅課稅範圍，則營業人因取得股利收入所支付之進項稅額，自不能適用營業稅法有關扣抵稅額之規定。又專營投資業務之營業人，除股利收入外，無其他應稅或零稅率銷售額，當期或當年度取得之進項憑證所支付之進項稅額，依營業稅法規定不得申請扣抵或退還，業經財政部七十七年九月一日台財稅字第七七〇一一八六七〇號函釋示有案，兼營投資業務之營業人合於上開釋示部分自得參照辦理，其取得股利收入有關之進項稅額亦不得扣抵。而依行為時「兼營營業人營業稅額計算辦法」之規定，有關進項稅額不得扣抵部分之計算係採比例扣抵法，即按免稅銷售額佔全部銷售額之比例計算不得扣抵之進項稅額，因此兼營投資業務之營業人所取得之股利收入，應併入免稅銷售額計算不得扣抵比例。若非屬營業稅課稅範圍之股利收入免予列入免稅銷售額計算不得扣抵進項稅額之比例，將使兼

營投資業務營業人所支付與股利收入有關之進項稅額均得全數扣抵其他銷項稅額，違反加值型營業稅之精神。又財政部七十七年台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定及兼營營業人營業稅額計算辦法，係依營業稅法第十九條第三項、第三十六條第一項及第四十一條第二項等相關規定所訂定之簡化稽徵作業之辦法，自無悖於租稅法定主義或與稅法規定相牴觸。至財政部八十一年對「兼營營業人稅額計算辦法」所為之修正，僅係增列並修正兼營營業人有關直接扣抵法稅額之計算方式，以簡化稽徵作業，並無礙於關乎股利收入應列入免稅銷售額計算調整營業人當年度應納或溢付稅額之規定。原告以財政部八十一年八月二十五日台財稅第八一一六七五六六〇號令修正「兼營營業人稅額計算辦法」，推認財政部係察覺將股利收入列入免稅銷售額計算不可扣抵比例之不合理，故有修正之舉云云，尚非可採。綜上，原告起訴意旨難認為有理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十三年十月三十日  
(本聲請書其餘附件略)

抄台〇針織股份有限公司代表人吳〇文聲請書

受文者：司法院

為聲請人於憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起行政訴訟，對於行政法院八十四年度判字第四〇七號判決所適用之財政部（七十七）台財稅第七六一一五三九一九號函，發生牴觸憲法之疑義，聲請大院大法官會議解釋事：

聲請事項：財政部中華民國（下同）七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函謂：「兼營投資業務之營業人於年度中收取之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；

並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」係將股利收入視為免稅銷售額，於年度終了時，與其他免稅銷售額合併，計算該部份收入佔全年收入之百分比，該百分比即該營業人當年度不得扣抵營業稅之比例。惟股利收入並非營業稅法上之「銷售額」，更非「免稅銷售額」，無併入其他免稅銷售額，併同計算不得扣抵之營業稅比例之餘地，此一函令顯然違反憲法第十九條租稅法定主義，並牴觸憲法第十五條保障人民財產權之意旨，應屬無效。

說明：

一、聲請解釋憲法之目的

憲法第十九條規定人民有依法納稅之義務，大法官會議第二一七號解釋明白宣示：人民僅依法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期間等項，而負納稅之義務。是法無明文者，無納稅義務可言。

現行營業稅制是建立在進銷項稅額相互扣抵之基礎上，計算應納稅額，亦即銷售貨物所加計之營業稅額，扣減買進原、物料等進貨所加計之營業稅額，為營業人應繳納之營業稅額。

財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函：「兼營投資業務之營業人於年度中收取之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納」（附件一、二），要求納稅人依該函令將股利收入視為免稅銷售額，彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算不得扣抵比例，亦即（免稅銷售額 + 股利收入）÷ 全年銷售總額 = 不得扣抵比例

前述計算方式使聲請人將原不屬於免稅銷售額之股利收入，彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額，致提高不得扣

抵（退回）營業稅之比例，減少可退還之營業稅款，實質上係對股利收入迂迴課徵營業稅，侵害聲請人於憲法所保障之財產權，並與憲法第十九條規定之租稅法定主義有違。嗣聲請人雖經法定程序提起訴願、再訴願、行政訴訟，惟行政法院八十四年度判字第四〇七號判決，仍維持適用上開財政部函釋，聲請人爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請 大院大法官會議就上述牴觸憲法之疑義予以解釋。

## 二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

(一)按營業稅法第一條明列營業稅之課稅範圍：「在中華民國境內銷售貨物或勞務，及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」（附件三），可知營業稅之客體為「銷售貨物」、「銷售勞務」及「進口貨物」，若符合銷售貨物、銷售勞務及進口貨物之行為而得例外減免者，法律須將明文例示，如營業稅法第八條者是，俾使免稅義務有清晰法源可據；若有一行為未列於免徵營業稅規定下，該行為如非屬應課營業稅之行為，則該行為即非關營業稅之課稅範圍。

(二)財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，將股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，依此函釋，股利收入被視為「免稅銷售額」，必須與其他免稅銷售額合併，用以計算不得退還之營業稅之比例，計算應納或溢付稅額。

全國企業集團因有將來無法獲得平反，可能遭受高達五倍罰鍰之恐懼，不得已均採取先繳稅再申請退稅之方式，再依法尋求救濟，故聲請人於民國（下同）八十二年九月十四日將七十七年至八十一年度之股利收入列入各當年度最後一期之免稅銷售額，依該函之解釋計算不得扣抵比例，報繳稅款，合計新台幣（下同）一〇、五二〇、七五〇元及利息一、九七三、七八二元，再於八十二年十一月二日向台北市稅捐稽徵處申請退還上開稅款及利息。詎

原稅捐稽徵機關引上開財政部函釋，駁回聲請人之請求，聲請人不服原處分機關之處分，遂循法律途徑請求救濟，詎訴願、再訴願決定（附件四、五）及行政法院之判決（判決影本容補呈），均仍援引上開相同之財政部函釋，駁回聲請人之主張及聲請。

(三)茲有疑義者，乃「股利收入」是否源於銷售貨物、銷售勞務及進口貨物，而屬於應課營業稅之範圍？惟若屬於應課營業稅之範圍，財政機關卻從未對股利收入課徵過營業稅，是否股利收入屬營業稅之免稅項目，享有豁免之優待？然課稅、免稅應有明文可據，上述大法官會議第二一七號解釋已解釋甚明，乃現行營業稅法卻無股利收入屬免稅項目之規定，是財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函將法無明文規定之免稅項目視為免稅項目，係擅自創設免稅項目，有違租稅法定主義及大院做成之解釋。

(四)另查財政部七十六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號函（附件六）解釋：「主旨：營利事業不論專營或兼營投資業務，其購買股票或投資其他營利事業所取得之股利，非屬營業稅法規定之課稅範圍，應免徵營業稅。說明二：營業人取得之股利，核非屬營業稅法規定之課稅範圍，專營投資業務之營業人取得之進項憑證所支付之進項稅額，應不得申報扣抵或退還。」是財政部此函釋原已肯定股利非屬營業稅法規定之課稅範圍，故「應免徵營業稅」，在此所謂免徵營業稅，係指不發生課徵營業稅問題，並非營業稅法第八條免稅項目之謂；既然財政部已肯定股利非屬營業稅法規定之課稅範圍，即非課稅範圍之收入，既非課稅範圍之收入，自無列入免稅銷售額之餘地。財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函如何將「股利非屬營業稅法規定之課稅範圍」解釋為「免稅銷售額」，實令納稅人難以理解。

前開函釋擅自對營業稅法未規定之事項創設免稅項

目，並以之為阻礙人民扣稅之依據，變相課以人民法律未規定之稅賦，違反憲法第十九條租稅法律主義，並牴觸憲法第十五條保障人民財產權之意旨，應屬無效。詎前開行政法院之終局判決仍予適用，實有違誤，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定聲請解釋。

### 三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

(一)財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函，將股利收入解釋為「免稅銷售額」，違反租稅法定主義。憲法第十九條規定：人民有依法律納稅之義務。依此規定政府向人民課稅時，有關課稅之權利義務之內容，包括納稅義務人、賦稅種類、稅率、課稅標準、處罰等，及課稅程序之內容，包括租稅之申報、查核等各項稽徵程序，均應依法律之規定，俾使政府徵稅在人民可預期預見之範圍內運作，俾免人民被任意強索稅賦，淪為魚肉，此乃我憲法第十五條規定保障人民之財產權，及第十九條人民依法納稅規定之所由設。蓋保障人民之私權，為現代民主法治社會所追求實現之目標，故關於人民權利義務之事項應以法律定之，中央法規標準法第五條第一項第二款訂有明文，此原則表現於徵索人民財產之賦稅義務尤然。

立法院財政委員會七十四年六月十二日（七四）台財發字第0五七號函「營業稅法修正草案」條文對照表說明（即當初之立法意旨）第八條第二八項之規定：「修正條文第一條規定，營業稅係對銷售貨物或勞務課徵，股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅述，爰予刪除。」，是以現行營業稅法第八條免稅項目並未包括股利在內。唯有課稅範圍內之客體，始有「應稅」、「免稅」之區分，營業稅法當初在修訂時，將免稅項目之股利排除，目的在排除股利課徵任何營業稅，惟因新制營業稅法採進、銷項相減法計算應納稅額或溢付稅額，財政部認為股利收入既非應稅、免稅、或零稅率之業務，專營投資業務公司既無銷項稅額，則其公司之進項稅額即全部不能抵

退稅，亦即專營投資業務公司應負擔全部進項稅額之營業稅，其課稅效果與專營免稅業務者完全相同，導致財政部為使此一效果「類推適用」於專營應稅及零稅率業務之廠家，遂以七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋，將股利收入推定為「免稅銷售額」，強將股利納入營業稅課稅體系，完全違反了營業稅法的精神，侵害人民依法扣稅之權利，變相課以人民納稅之義務，使納稅人負擔不必要之稅負，其有違憲法第十九條租稅法律主義，不言而喻。

按行政院六十年判字第四一七號判例明白揭示：「公法之適用，以明文規定者為限，公法未設有明文者，自不得以他法之規定而類推適用，此乃適用法律之原則。」（附件七），依判例意旨，公法未設有明文者，尚不得類推適用其他「法律」，況無法律根據之「效果」，更無類推適用之餘地。七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋，單以專營投資業務公司之營業稅租稅效果，與專營免稅業務之營業人相同，即倒推認定專營應稅與零稅率業務之營業人，亦應將股利收入應列入免稅銷售額，導致專營應稅與零稅率業務之營業人亦必須自行吸收進項稅額，要非合理。系爭函釋違背法律適用原則，擅自類推適用，與上開判例意旨顯然違背。

(二)財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定，股利收入營業人適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」，創設人民納稅之義務。

所謂「兼營營業人」係指「兼營營業人營業稅額計算辦法」第二條第二項所規定，兼營應稅及免稅貨物或勞務者，或兼依營業稅法第四章第一節及第二節計算稅額者而言。股利收入源於轉投資之獲利，係理財行為，非銷售行為，不該當「兼營營業人」之構成要件，原無適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」之餘地，然財政部就股利收入之法律性質，從未提出辨正，只以台財稅第七六一一五三

九一九號函即將轉投資取得股利收入之理財行為認定為銷售勞務之營業行為，並將股利收入「類推」為「免稅銷售額」，強營業人適用不相關之「兼營營業人營業稅額計算辦法」，創設人民納稅之義務，其有違租稅法律主義，至為顯然。

(三)課稅公平原則應以租稅法律主義為前提，不得只以課稅公平原則作為課稅依據

查系爭函釋係假設一分進項稅額必須有一分銷項稅額，始得扣抵，股利既非應稅、免稅、或零稅率之業務，即無銷項稅額，既無銷項稅額即不能扣抵進項稅額，不能扣抵進項稅額，即應以免稅項目視之，用以計算不能扣抵營業稅之比例，如此推論果真合理乎？大謬斯矣！

股利係因非屬銷售業務，故無銷項稅額，並非因無銷項稅額而導出為免稅銷售額，系爭函釋係錯論因果關係之結論。股利因非屬銷售業務，無應課營業稅與否問題，應排除於營業稅納稅體系，意即應排除於上述營業稅不得扣抵比例之計算公式之外，並非無銷項稅額之收入均得推定為免稅銷售額，財政部系爭函釋之謬誤，在於將若 A（免稅銷售額）則 B（不扣抵營業稅）之命題，導出若 B（不扣抵營業稅）則 A（免稅銷售額），倒果為因之謬誤結論，蓋不扣抵營業稅，可以是非關營業稅問題之不課稅之業務，則並非必可導出免稅銷售業務之收入之結論，而非關營業稅問題之不課稅之業務，係應將不課稅業務之收入排除於營業稅計算公式之外，而非併入不可扣抵營業稅之計算公式，茲舉例說明如下：例如：某建商採比例扣抵法繳納營業稅，為蓋房子出售而支出材料等費用 500 萬元（供課稅與免稅營業用），其中進項稅額為 25 萬元，賣出值 300 萬元之房屋，支出銷項稅額 15 萬元，銷售免稅貨物 300 萬元，而其數年前所轉投資之其他業務於今年有極佳獲利 1000 萬元，該建商當年應繳營業稅為：

應納或溢付稅額 = 銷項稅額 - (進項稅額 - 進項稅額 × 當

年度不可扣抵比例)

$300 \text{ (免稅銷售額)} \div (300+300) \text{ (應稅與免稅銷售總額)} = 0.5 \text{ (不可扣抵比例)}$

$15 - (25 - 25 \times 0.5) = \text{(應納稅額)} 2.5 \text{ (萬元)}$

如按系爭台財稅第七六一一五三九一九號函釋，該建商應支付之營業稅為：

$[300 \text{ (免稅銷售額)} + 1000 \text{ (股利)}] \div (300+300+1000) \text{ (全年總收入)} = 0.8125 \text{ (當年度不可扣抵比例)}$

$15 - (25 - 25 \times 0.8125) = \text{(應納稅額)} 10.3125 \text{ (萬元)}$

由上述計算式可知，系爭函釋規定將股利併入免稅銷售額，提高了不可扣抵比例，使營業人負擔更多之應納稅額，其對營業人之財產權所造成之侵害，彰彰明甚。

系爭函釋將應稅、免稅或零稅率業務外之理財行為，推定為免稅之銷售行為，從而將不發生營業稅課稅問題之股利收入，推定為「免稅之銷售收入」，使股利收入從「不扣抵」成為「不可扣抵」進項稅額之項目，其推論過程之謬誤，已如上述，是課稅公平原則若非植基於租稅法律主義之上，即將造成如上述不公平課稅之現象。如基於租稅公平之考量，認為股利有課稅之必要，應循立法途徑正式立法，不得徒以課稅公平原則為課稅依據，否則，憲法第十九條租稅法律主義與第十五條人民財產權之保障，將形同具文，人民將何所措手足乎？

(四)財政部修訂「兼營營業人營業稅額計算辦法」，以改正比例扣抵法依系爭函釋規定營業稅不可扣抵比例計算方式之謬誤。

復查財政部已於八十一年八月二十五日以台財稅第八一一六七五六六〇號令修正該計算辦法部分條文，明定兼營營業人得自八十一年九月一日起，經向稽徵機關申請核准採用直接扣抵法，按貨物或勞務之實際用途計算進項稅額可扣抵銷項稅額之金額，及進口貨物、購買國外勞務之應納稅額。如前後規定均無錯誤，則不論依那一種計算方

式，在營業稅法未修訂之情形下，均可得到相同之結果，如今既會產生不同之結果，表示其中一種方法必定有錯，而造成租稅不公平現象。營業人在採取修訂後之直接扣抵法後，不再發生前述將股利收入視為免稅銷售額，提高營業稅不可扣抵比例之不合理現象，足證前法之計算方式有誤，計算方式有誤，造成強徵人民稅負之現象，自屬違憲。

(五)綜上所述，聲請人之轉投資行為，是理財行為，股利之有無視轉投資人之盈虧情形而定，非必發給，無交易性質，與以互相移轉所有權為條件之銷售行為不同，故因轉投資取得之股利收入，不能稱為銷售額，既非銷售額，自無被認定為「免稅銷售額」之餘地；而「兼營營業人營業稅額計算辦法」所指之兼營營業人係指兼營應稅與免稅業務之營業人，故有股利收入之營業人，如無兼營應稅與免稅業務，亦不能稱為兼營營業人，不能適用「兼營營業人營業稅額計算辦法」。系爭函釋以錯誤之邏輯推演課稅公平原則，創設股利收入為免稅營業額之項目，違背營業稅法，自屬無效，復根據該無效之函釋規定營業人據以計算營業稅不可扣抵比例，導致營業人可扣抵比例減少，侵害營業人扣稅權益，亦即變相課徵了原不應課徵營業稅之項目，違反憲法第十九條租稅法定主義並牴觸憲法第十五條保障人民之財產權，為特懇請大院大法官會議迅賜解釋如聲請之意旨，以保人權，並彰法治。

#### 四、關係文件之名稱及件數

附件一：財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函影本乙份。

附件二：「兼營營業人營業稅額計算辦法」。

附件三：「營業稅法」。

附件四：台北市政府八十三年二月七日（83）府訴字第八三〇〇三二四二號訴願決定書影本乙份。

附件五：財政部八十三年十一月三日台財訴第八三〇二一二

三六一號再訴願決定書影本乙份

附件六：財政部七六年四月四日台財稅第七五五八〇六七號  
函影本乙份

附件七：行政法院六十年判字第四一七號判例要旨影本乙份  
聲請人：台〇針織股份有限公司  
代表人：吳〇文

中 華 民 國 八 十 五 年 二 月 八 日

(附件)

行政法院判決

八十四年度判字第四〇七號

原 告 台〇針織股份有限公司  
(設略)

代表人 吳〇文 住同上

被 告 臺北市稅捐稽徵處

上當事人因營業稅事件，原告不服財政部中華民國八十三年十一月三日台財訴字第八三〇二一二三六一號再訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告因轉投資其他營利事業，於民國七十七年至八十一年度取得股利共計新台幣（下同）三四九、六八三、九六九元，並於八十二年九月二十四日依「兼營營業人營業稅額計算辦法」規定及財政部七十七年七月八日（七七）台財稅第七六一一五三九一九號函釋意旨，將全年度股利收入彙總列入各年度最後一期之免稅銷售額申報，計算調整不得扣抵之進項稅額及進口貨物與購買國外勞務補繳之進項稅額，共計補繳營業稅款一〇、五二〇、七五〇元及另依稅捐稽徵法第四十八條之一加計利息一、九七三、七八二元。嗣原告以前揭財政部函釋與營業稅法相牴觸為由，依稅捐稽徵法第二十八條規定，向被告所屬中北分處申請退還該溢繳之營業稅款及利息，案經該分處以八十二年十

二月二日北市稽中北（甲）字第四三〇二三號函否准，原告不服，提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨及補充理由略謂：一、再訴願決定機關駁回原告之請求，無非以：「本部（七七）台財稅第七六一一五三九一九號函僅為就兼營營業人營業稅額計算辦法第七條規定內容加以闡釋，既無牴觸、擴張、變更該辦法或營業稅法之規定，自無違反或牴觸法律或憲法之可言，再訴願理由顯係誤解法令」云云，駁回原告退還所補繳稅款之請求。惟查上開理由顯然與營業稅法之規定不合，茲析述如下：

（一）「關於人民之權利義務，應以法律定之」，「應以法律規定之事項，不得以命令定之」，中央法規標準法第五條第二款及第六條定有明文。故課予人民納稅之義務，以法有明文為限，免除該法定納稅義務自亦以法有明文為限。職是之故，如轉投資取得之股利收入為銷售貨物或勞務所得，則免除繳納該銷售行為所得營業稅之義務，亦應以法有明文，始足當之。不能任由行政機關以行政命令類推或解釋何者「應稅項目」，何者為「免稅項目」，此為租稅法定主義下必然之結論，當無疑義！原告一再爭執者，乃免課營業稅之收入，非即可歸入營業稅法之免稅項目，營業稅法第八條免稅項目之規定，係列舉規定，不在該條列舉之項目，即非屬營業稅法之免稅項目，即不應列入免稅銷售額以計算不可扣抵之比例。

按兼營營業人營業稅額計算辦法僅在揭示應納稅款之算術計算方法，並非在闡明或規定免納營業稅之「項目」，亦無任何法律授權該辦法訂定營業稅之免稅項目。原告對於兼營營業人稅額計算辦法中之所提計算方法，並不爭執，只是對於前揭財政部（七十七）台財稅字第七六一一五三九一九號函將股利收入在法無明文情況下視為免稅銷售額以計算不得扣抵之比例，有違反租稅法定原則。假設股利收入為銷售勞務所得之前提成立，為應課營業稅項目，則免除繳納該銷售所得營業稅義務之法律規定即應「具體」存在，如今既無該免除股利收入「銷售」所得之「法律」明文存在，只有行政機關以乙紙行政命令將股利收入推定為免稅銷售額，即據以剝奪納稅人扣抵之權益，與首揭法律規定牴觸，彰彰明甚！（二）假設轉投資取得股利收入之行為係

所謂銷售勞務之行為，則本應屬營業稅課稅範圍，除非該銷售勞務行為有合於營業稅法第八條免徵之規定，不能免徵，此法理所必然，然細繹營業稅法第八條各款免稅之規定，無一符合本件情形，按前述推論，理應課徵營業稅，然被告就股利收入並未有課徵營業稅之舉動，足證被告並未認為轉投資行為符合營業稅法中關於銷售勞務應予課徵營業稅之規定，要無疑義。（三）依營業稅法修正草案對照表之說明「股利已非營業稅之課稅範圍，是以無庸在此贅述，爰予刪除」，又修正之營業稅法第八條免徵營業稅之項目已無股利收入，從而，股利收入非屬營業稅法之課稅範圍，極為明確。可知立法原意早已將股利收入排除在營業稅之範圍外，本無討論免除與否之必要，然財政部卻以乙紙行政命令無端將股利收入以免稅銷售額視之，致提高了營業人不可扣抵進項稅額之比例，變相課徵股利收入之營業稅，此與營業稅之立法精神大相違背，於法自屬有違。如被告仍認為股利收入為免稅銷售額，則對於前述營業稅法草案之說明將作何種解釋？是否免課營業稅之收入，即為免稅銷售額？是否免稅銷售額，無須有法律規定，可由行政機關自行決定？被告指稱兼營營業人稅額計算辦法第七條為其課稅依據，然原告一再細閱該條內容，均無發現該條有任何股利收入之字樣，遑論有股利收入為免稅銷售額之結論，則系爭函釋又如何「闡釋」出該第七條為股利收入是免稅銷售額之依據？（四）法律對於不同態樣之行為，賦予不同之效力，故對於行為態樣均定有嚴格定義，俾能確實歸屬於法定之規範，賦予既定之法律效力。銷售勞務者，當事人約定一方提供勞務，他方支出對價之謂。而在轉投資情形，係投資人將部份資金向股份出售人「買受」（非出售）被投資公司之股份，取得股份之所有權（非取得提供勞務之地位），而投資人無須對股份出售人或被投資公司提供任何勞務，股份出售人或被投資公司並未因投資人間買賣股份之行為，獲得任何勞務之給付，亦不得要求投資人提供任何勞務，此與銷售勞務契約中一方有義務提出勞務，顯然不同；再者被投資公司之盈虧，係被投資公司獨立運作之結果，與投資人之投資行為，並無關連，投資行為並不必然帶來股利收入，一般投資人均有認識，此獲利率之不確定性，乃事理之常，此又與勞務契約中接受勞務給付之一方有義務支出對價之必

然性有別，故轉投資取得股利之行為與銷售行為間，構成要件無一相同，截然為兩種不同之法律行為態樣，自應歸屬於不同之法規規範，賦予不同之法律評價，然而被告將理財之投資行為視為銷售行為，將原非屬營業稅課稅範圍之股利收入歸入營業稅之免稅銷售範圍，於法不合。二、營業稅以銷售或進口之法律行為為課稅客體，股利收入為事實行為，非法律行為，無從產生進項稅額：營業稅法第一條明文規定：「在中華民國境內銷售貨物或勞務，及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」可知營業稅以「銷售」或「進口」之法律行為為課稅客體，非以「利得」為課稅客體。股利收入為單純受領利得行為，係事實行為，非銷售或進口之法律行為，無從產生進項稅額，自無營業稅法有關扣抵稅額計算之適用。不在營業稅課稅範圍，固不應列入銷售收入以扣抵進項稅額，然並非不應列入銷貨收入，即應列入免稅銷售額，此為論理法則，法理推演不應逾此法則。凡為銷售貨物或勞務而購買貨物或勞務所支付之進項稅額，均得在銷項稅額範圍內扣抵之，如營業人取得之股利收入，無相關之進項稅額則無不得扣抵之問題。從而，營業稅之課徵與扣抵，只限於銷售貨物或勞務與免稅銷售額或零稅率銷售額範圍，其他銷項或進項不應列入計算。而所謂免稅銷售額，係原應課徵營業稅之銷貨收入，法律明文免除其繳納義務，而零稅率銷售額，係應課營業稅之銷貨收入營業稅率為零，故不論免稅銷售額或零稅率銷售額，其前提均為銷貨（勞務）收入始有免稅或零稅之可言，且以法明明定為必要；股利收入非屬銷貨收入，既非屬銷貨收入，即非屬免稅銷售額，況法亦無明文規定股利為免稅銷售額。三、兼營營業人營業稅扣抵權益，因財政部函釋將股利收入列入免稅銷售額，被無限制反復剝奪，與營業稅法不合：復查被告係設定股利收入必定產生進項稅額，故應與本業銷貨收入按比例分攤進項稅額，而股利收入部份分攤之進項稅額，不可扣抵。上述假設導致營業稅扣抵權益被無限制反復剝奪，茲說明其謬誤如下：轉投資某公司之行為通常只有一次，往後因被投資公司之營業狀況（或虧損或有盈餘），而取得不等之股利收入，該不等之股利收入，依系爭函釋將股利收入列入免稅銷售額計算不可扣抵比例，將使投資人同一次轉投資之行為，每年可能有不同不可扣抵營業稅額之比例，而同一次之投資

行為，可衍生無數不等不可扣抵之營業稅額，永無止境。致為銷售貨物或勞務而購買貨物或勞務所支付之進項稅額，原得在銷項稅額範圍內扣抵之權益，因同一次轉投資行為，被無限制反復剝奪，與營業稅課稅為原則：凡為銷售貨物或勞務而購買貨物或勞務所支付之進項稅額，均得在銷項稅額範圍內扣抵，及一次行為課徵一次營業稅之原則，大相逕庭，自與營業稅法有違。四、進項稅額僅可能由轉投資行為產生，非由股利收入產生，轉投資不必然產生進項稅額：股利收入非屬營業稅課稅範圍之收入，亦即不會產生相關之營業稅，已如上述。而轉投資所注者無非人員評估所花費之心力，所支出者為該人員之薪資，無進項稅額問題，並不以購買貨物或勞務為必要（且多為不必要），退步言之，縱產生進項稅額，係因轉投資行為（股利產生之前）而購買貨物或勞務產生進項稅額，該進項稅額為已發生之確定事實，有確定之數額，然支出該項進項稅額，該進項稅額為已發生之確定事實，有確定之數額，然支出該項進項稅額，不必然產生股利，股利為一不確定發生之未知數，若有股利發生，該股利之數額與轉投資支出之進項稅額亦無一定關係，從而，已發生之確定事實，無由未必發生之情況作為認定依據之餘地，被告將股利收入作為認定支出進項稅額之依據，係倒果為因，本末倒置，於法亦無據！五、以股利收入作為支出進項稅額之依據，非但於法有違，亦與事理有違：被告以被投資公司營運有無配發股利為可否扣抵營業稅之依據，則有股利收入，即被認定必有支出相關之進項貨物或勞務，而提高不可扣抵之比例，無股利收入或發生虧損，即被認定未支出相關之進項貨物或勞務，則可扣抵之比例相對提高；當年發配有股利者，則認定當年必定有支出相關之進項貨物或勞務；當年未發配股利者，則認定當年未支出相關之進項貨物或勞務；股利收入多者，則認定支出相關之進項貨物或勞務多，股利收入少者，則認定支出相關之進項貨物或勞務少；形成轉投資如進項稅額而無股利收入，則該進項稅額可被扣抵，轉投資如無進項稅額而有股利收入，則為銷售貨物或勞務而購買貨物或勞務所支付之進項稅額，不能扣抵，如股利一再發生，則投資人亦將不止一次被限制扣抵營業稅，此與營業稅法以實際已發生之行為為課稅對象之原則，全然不符。六、按兼營營業人營業稅額計算辦法第三條

僅謂應以免稅銷售額占全部銷售額之比例，作為進項稅額不可扣抵之比例，並未指股利收入為免銷售額，而該辦法第七條在揭示應納稅款之算術計算方法，並未指不課營業稅之收入即免稅銷售額，亦非在闡明或規定何者為營業稅之「免稅項目」，更無任何法律授權該辦法訂定營業稅之免稅項目，被告指股利收入為免稅銷售額，舉兼營營業人營業稅額計算辦法為依據，殊不足採。七、綜上，被告認定股利收入應視為免稅銷售額，係假定股利收入之產生來自購買相關之進項貨物或勞務，導致營業人之扣抵權益，無限制反復被剝奪，於法不合；至營業稅法第八條，或被告所指法律依據兼營營業人稅額計算辦法，均無關於轉投資取得之股利收入屬免稅銷售額之規定，行政機關自無權利將股利收入以行政命令推定為免稅項目，則系爭財政部函逾越母法自行創設免稅項目，與營業稅法相牴觸，自屬無效。原告根據該無效之行政命令，將股利收入列入計算，致溢繳營業稅，依規定自得申請退還。為此請求將原決定及原處分均予撤銷等語。

被告答辯意旨略謂：一、按「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - (當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額) × (1 - 當年度不得扣抵比例)。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依左列公式調整：調整稅額 = [當年度進口貨物(乘人小汽車除外)依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額] × 徵收率 × 當年度不得扣抵比例 - [當年度進口已納營業稅額(乘人小汽車除外) + 當年度購買勞務已納營業稅額]。」「納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證據，申請退還。」「納稅義務人自動向稅捐稽徵機關補報並補繳所漏稅款者，凡屬未經檢舉及未經稽徵機關或財政部指定之調查人員進

行調查之案件，各稅法所定關於漏接、短報之處罰，一律免除，但其補繳之稅款，應自該項稅捐原繳納期限截止之次日起，至補繳之日止，就補繳之應納稅捐，依原應繳納稅款期間屆滿之日郵政儲金匯業局之一年期定期存款存利率，按日加計利息，一併徵收。」分別為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項、第七條第一項、第二項及稅捐稽徵法第二十八條前段、第四十八條之一所明定。又財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」二、卷查本件原告因轉投資其他營利事業於七十七年至八十一年度取得之股利收入共計三四九、六八三、九六九元，於八十二年九月二十四日依兼營營業人營業稅額計算辦法規定及財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋意旨，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算調整不得扣抵之進項稅額，暨進口貨物及購買國外勞務補繳之進項稅額，並無適用法令錯誤之情事。至兼營營業人營業稅額計算辦法第三條但書係規定依法應課徵證券交易稅之證券銷售額不列入計算不得扣抵比例。本件原告係取得轉投資之股利收入，並非取得課徵證券交易稅之證券銷售額，依法計算調整應納稅額，亦無計算錯誤之情事。財政（七七）台財稅第七六一一五三九一九號函僅為就兼營營業人營業稅額計算辦法第七條規定內容加以闡釋，既無牴觸、擴張、變更該辦法或營業稅法之規定，自無違反或牴觸法律或憲法之可言，原告起訴理由顯係誤解法令。又財政部（七六）台財稅第七五五八〇六七號函與上開（七七）台財稅第七六一一五三九一九號函規定不一致部分，縱令屬實，仍應以營業稅法及兼營營業人營業稅額計算辦法規定為準。本案原告依規定計算調整原不得扣抵之進項稅額及進口貨物暨購買國外勞務之應納稅額，既無適用法令錯誤或計算錯誤情事，從而，被告否准原告申請退還系爭稅額及依法補繳而加計之利息，揆諸首揭規定並無不合，原處分請續予維持。綜上論結，原告之訴應認為無理由，請判

決駁回原告之訴等語。

### 理 由

一、按「納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證明，申請退還。」「納稅義務人自動向稅捐稽徵機關補報並補繳所漏稅款者，凡屬未經檢舉及未經稽徵機關或財政部指定之調查人員進行調查之案件，各稅法所定關於漏報、短報之處罰，一律免除，但其補繳之稅款，應自該項稅捐原繳納期限截止之日起，至補繳之日止，就補繳之應納稅捐，依原應繳納稅款期間屆滿之日郵政儲金匯業之一年期定期存款利率，按日加計利息，一併徵收。」為稅捐稽徵法第二十八條前段及第四十八條之一所明定。次按「本辦法所稱當期或當年度進項稅額不得扣抵銷項稅額之比例（以下簡稱不得扣抵比例），係指各該期間免稅銷售淨額及依第四章第二節規定計算稅額部分之銷售淨額，占全部銷售淨額之比例。但土地及各級政府發行之債券及依法應課徵證券交易稅之證券之銷售額不列入計算。」「兼營營業人於報繳當年度最後一期營業稅時，應按當年度不得扣抵比例調整稅額後，併同最後一期營業稅額辦理申報繳納，其計算公式如左：調整稅額 = 當年度已扣抵之進項稅額 - （當年度進項稅額 - 當年度依本法第十九條第一項規定不得扣抵之進項稅額）×（1 - 當年度不得扣抵比例）。兼營營業人如有進口供營業用之貨物或購買本法第三十六條第一項勞務者，並應依左列公式調整：調整稅額 = [當年度進口貨物（乘人小汽車除外）依本法第二十條規定計徵營業稅之金額 + 當年度購買勞務給付額] × 徵收率 × 當年度不得扣抵比例 - [當年度進口已納營業稅額（乘人小汽車除外） + 當年度購買勞務已納營業稅額]。為兼營營業人營業稅額計算辦法第三條第一項、第七條第一項、第二項所明定。另財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋規定：「兼營投資業務之營業人於年度中所取得之股利收入為簡化報繳手續，得暫免列入各期之免稅銷售額申報，俟年度結束，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算應納或溢付稅額；並依『兼營營業人營業稅額計算辦法』之規定，按當年度不得扣抵比例計算調整稅額，併同繳納。」本件原告因轉投資其他營利事業，於七十七年至八十一年度取

得股利共計三四九、六八三、九六九元，並於八十二年九月二十四日依兼營營業人營業稅額計算辦法規定及財政部七十七年七月八日（七七）台財第七六一一五三九一九號函釋意旨，將全年股利收入彙總列入各年度最後一期之免稅銷售額申報，計算調整不得扣抵之進項稅額及進口貨物與購買國外勞務補繳之進項稅額，共計補繳營業稅款一〇、五二〇、七五〇元及另依稅捐稽徵法第四十八條之一加計利息一、九七三、七八二元。嗣原告以前揭財政部函釋與營業稅法相牴觸，被告適用法令錯誤為由，依稅捐稽徵法第二十八條規定，向被告所屬中北分處申請退還該溢繳之營業稅款及利息，為被告所否准，原告不服，循序提起行政訴訟，訴稱：「關於人民之權利義務，應以法律定之」，「應以法律規定之事項，不得以命令定之」，依營業稅法第一條規定之反面解釋，本件系爭股利收入非屬營業稅法規定之課稅範圍，且現行營業稅法第八條列舉之免稅項目亦未包括股利在內，財政部（七六）台財稅第七五五八〇六七號函亦明釋股利非屬營業稅之課稅範圍，故原告不能被認定為兼營營業人，股利收入自無須列入免稅銷售額計算不可扣抵之進項稅額。財政部（七七）台財稅第七六一一五三九一九號函，將不課稅之股利收入推定為免稅項目，顯有以行政命令變更稅法之違誤，自屬無效，且有違租稅法律主義原則。原告依據該無效之行政命令，將股利收入列入計算，致溢繳營稅，依稅捐稽徵法第二十八條規定自得申請退還該溢繳之稅款云云。卷查本件原告因轉投資其他營利事業於七十七年至八十一年度取得之股利收入共計三四九、六八三、九六九元，於八十二年九月二十四日依兼營營業人營業稅額計算辦法規定財政部七十七年七月八日台財稅第七六一一五三九一九號函釋意旨，將全年股利收入彙總列入當年度最後一期之免稅銷售額申報，計算調整不得扣抵之進項稅額，暨進口貨物及購買國外勞務補繳之進項稅額，並無適用法令錯誤之情事。至兼營營業人營業稅額計算辦法第三條但書係規定依法應課徵證券交易稅之證券銷售額不列入計算不得扣抵比例。本件原告係取得轉投資之股利收入，並非取得課徵證券交易稅之證券銷售額，依法計算調整應納稅額，亦無計算錯誤之情事。財政部（七七）台財稅第七六一一五三九一九號函僅為就兼營營業人營業稅額計算辦法第七條規定內容加以闡釋，既

無牴觸、擴張、變更該辦法或營業稅法之規定，自無違反或牴觸法律或憲法之可言，原告所訴顯係誤解法令。又財政部（七六）台財稅第七五五八〇六七號函與上開（七七）台財稅第七六一一五三九一九號函規定不一致部分，縱令屬實，仍應以營業稅法及兼營營業人營業稅額計算辦法規定為準。本案原告依規定計算調整原不得扣抵之進項稅額及進口貨物暨購買國外勞務之應納稅額，既無適用法令錯誤或計算錯誤情事，從而，被告否准原告申請退還系爭稅額及依法補繳而加計之利息，揆諸首揭規定並無不合。一再訴願決定遞予維持，亦無違誤。原告起訴意旨，仍執前詞爭訟，自難認為有理由，應予駁回。據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段判決如主文。

中 華 民 國 八 十 四 年 二 月 二 十 三 日  
（本聲請書其餘附件略）

## 司法院釋字第三九八號解釋

中華民國 85 年 3 月 22 日

院台大二字第 06237 號

### 解 釋 文

農會係以保障農民權益、提高農民知識技能、促進農業現代化、增加生產收益、改善農民生活、發展農村經濟為宗旨，得由居住農會組織區域內，實際從事農業之人依法參加為會員。農會既以其組織區域內之農民為服務對象，其會員資格之認定自以「居住農會組織區域內」及「實際從事農業」為要件。農會法第十八條第四款規定農會會員住址遷離原農會組織區域者為出會之原因，係屬法律效果之當然規定，與憲法第七條及第十條亦無牴觸。惟農會會員住址遷離原農會組織區域者，如仍從事農業工作，參酌農民健康保險條例第六條規定，其為農民健康保險被保險人之地位不應因而受影響，仍得依規定交付保險費，繼續享有同條例所提供之保障。主管機關發布有關命令應符合此意旨，以維護農民健康保險條例保障農民健康之目的。

### 解釋理由書

農會係以保障農民權益、提高農民知識技能、促進農業現代化、增加生產收益、改善農民生活、發展農村經濟為宗旨，得由居住農會組織區域內，實際從事農業之人依法參加為會員，農會法第一條、第十二條、第十四條分別定有明文。農會既以其組織區域內之農民為其服務對象，其會員資格之認定，自以「居住農會組織區域內」及「實際從事農業」為要件。農會法第十八條第四款規定農會會員住址遷離原農會組織區域者為出會之原因，係屬法律效果之當然規定。況辦理戶籍遷徙登記，係出於當事人之自願，應無違反憲法第十條人民有居住遷徙之自由；而實際從事農業工作者，又非不得依農會法之有關規定申請加入其新居住區域之基層農會為會員，亦無違反憲法第七條平等權之可言。惟農民健康保險係社會保險之一種，參酌農民健康保險條例第六條之規定，乃農民基於身分當然享有之權益。農民健康保險條例第五條第一項及第二項雖規定：「農會法第十二條所定之農會會

員應參加本保險為被保險人，並以其所屬基層農會為投保單位。」  
「非前項農會會員，年滿十五歲以上從事農業工作之農民，參加本保險為被保險人者，應以其戶籍所在地之基層農會為投保單位。」僅係對基層農會受託辦理農民健康保險時應負責任範圍之特別規定，不得因而認為農民健康保險權益之享有，以維持農會會員或在原投保單位所在地設有戶籍為要件。是以農會會員住址遷離原農會組織區域，如仍從事農業工作，其為農民健康保險被保險人之地位不應因而受影響，仍得依規定交付保險費，繼續享有同條例所提供之保障。主管機發布有關命令應符合此意旨，以維護農民健康保險條例保障農民健康之目的。

大法官會議 主 席 施啟揚  
大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森炎 曾華松 董翔飛  
楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

### 不同意見書 大法官 蘇俊雄

國家應改善農民之生活，增進其生產技能，制定保護農民之法律，為憲法第一百五十三條所明定之基本國策。依農會法設立之農會，乃具有推廣農業、輔導農民等法定公共任務。惟農會組織及其與會員之關係，尚與一般公法上之法人不同；農民個人參加產業團體，應受憲法第十四條結社自由之保障。故法律對於會員資格之限制，須符合憲法對於結社自由的保障意旨以及憲法第二十三條所揭示之必要性原則。

農會法第十八條第四款規定：「農會會員住址遷離原農會組織區域者為出會。」多數通過之解釋文認為，農會既以其組織區域內之農民為服務對象，其會員資格之認定應以「居住農會組織區域內」及「實際從事農業」為要件，是以上開出會原因之規定，係屬法律效果之當然規定，且與憲法第七條及第十條尚無牴觸。此項合憲判斷原則上固可贊同，但該款有關「住址遷離農會組織區域」的要件，應有作限定解釋（或合憲性解釋"verfassungskonforme Auslegung"）之必要。

蓋若單以「戶籍之遷離」，即一律強制出會，而未考量農民是否主觀上仍有保留永久居住之意願，以及客觀上仍繼續在原組織區域內從事實際農作之事實，應即與上揭憲法意旨相違。為釐清強制出會規定的必要限制範圍，排除對農民參加農會的不必要限制，爰提出部分不同意見書，敘述理由如下：

- 一、農會基於其地域性組織之特性，而以「於區域內居住」及「實際從事農業」為認定其會員資格之要件，固屬事物本質之理。然農民之參加農會組織，屬於憲法保障之自由與權利；故其入會與出會要件之規定與解釋，應尊重農民之主觀意思，並以其客觀上是否於區域內實際營運農業生活，做為核心內容。就入會資格之限制而言，係由農民自願申請參加，自無問題；但就上開出會之規定而言，如會員並非以廢棄久居脫離實際農業活動之意思而遷離戶籍，則單以戶籍之遷出即令強制出會，即可能與上述自由意思之尊重原則有違，牴觸憲法保障結社自由之意旨。

此項違憲疑義之關鍵，乃在於該款所謂「住址遷離」，概念解釋上容有「住所變更」或「戶籍變更」等不同的界定；而後者在判斷上，並不要求具體考量實際情事與當事人真意，以致可能造成對農會會員資格保持上不必要的限制。至若採取如民法上有關「住所變更」的法理來解釋本款「住址遷離」之要件，則戶籍之登記固可為判斷上的參考，但仍應依一定事實（例如居住情形、家屬概況及是否仍在當地工作等）及當事人之意思，具體認定之。此項解釋方法，毋寧方得使本款規定合乎憲法保障結社自由之意旨。

申言之，人民辦理戶籍遷出之意思，在民法上既不等於變更住所之意思，在此際自亦不足以做為判斷當事人有無脫離其原農事區域意思之標準。從憲法保障農民參加農會之結社自由的意旨而觀，所謂「住址遷離」此項構成要件之解釋，乃不能僅以戶籍變更之事實，而仍必須有實際之表徵，足認其有脫離農會服務區域之意思方可，才不致與上開自由意志之尊重原則相違。

- 二、復就居住遷徙自由之保障而言，多數通過之解釋理由，以辦理戶籍遷徙登記，係出於當事人之自願為由，認為農會法第十八條第

四款以住址之遷出為出會原因之規定，應無違反憲法第十條人民有居住遷徙自由之保障意旨。按人民辦理戶籍遷徙登記，固係人民自主權利之行使，但本案判斷之重點，應係農會法第十八條第四款之規定，有無對上項權利之行使，造成不必要的限制。就此而言，若將「住址遷離」解釋為「戶籍遷離」為已足，使農民之遷移戶籍逕生強制出會之法律效果，則無疑會造成農民心理上的壓力，妨礙其基於其他考量（如子女教育、農閒時與區域外之子女同居或扶養目的等等）而辦理戶籍變更登記之自由。此種因不當法律解釋所引生的內心壓力與負擔，對農民遷徙「戶籍」之自由，無疑會產生抑制之作用；法理上若無理由可期待農民須承擔此種心理壓力，則此際農會法該條規定，應已構成對農民遷徙自由不必要的限制。相對地若將該規定「住址遷離」之要件，做較嚴格的限定，則應足以避免此項當事人所指摘之違憲爭議。

多數通過之解釋文及解釋理由，未對系爭法律進行法律解釋之推敲，即認定該款規定之合憲性，其推論實有待商榷。

- 三、聲請人聲請解釋所據之判決中，用以判斷農會法第十八條第四款農會會員遷離住址之要件，所援用之內政部七十一年八月二十六日台內社字第一〇六七二五號相關函釋，謂「住址」應以戶籍為準之部分，與上開意旨不符。聲請人雖未具體就該號函釋之違憲疑義聲請解釋，但為求本號解釋相關法令在憲法秩序上之整體性與一貫性，其不符合憲解釋之原則，應併予指明。
- 四、又上述不當之解釋方法，對國家輔導農業及保護農民福利之任務，更產生適得其反的效應；此除可能過度限制農民參加農會之自由外，且使得戶籍遷離但仍實際在原區域內從事農業工作者，因強制出會之結果，而不能享有農會對於會員各種農業技術改良、生產資訊、計劃生產等等輔導、保護之服務。且其被扭曲擴充援用之結果，亦嚴重影響農民健康保險之權益；多數通過之解釋文對此亦有所指摘。

農會法規定農會會員應參加農民健康保險為被保險人，並以其所屬基層農會為投保單位。若依上開以戶籍之遷離即為出會的解釋結果，具有實際農民身分的當事人將因未於新戶籍區域內重

新投保，或因其農事場所實際仍保留在原址（此即實務上越區農作之問題），致在新戶籍區域內因無實際農作條件而不再被認定其參加農會會員之資格，以致無法辦理重新投保，而毫無機會享有農民健康保險制度之實惠。多數通過之解釋文，亦顧及此項缺失，而於文後諭促主管機關發布之有關法令應予改進。惟關鍵所在，就同樣保護農民之法規，不論是農會法或農民健康保險條例之規定，在概念上應力求一致，不要有「雙重標準」存在，方為正辦。

綜合所析，基於「法律解釋應使其不逾越憲法範圍，方為正鵠」之法理（參照瑞士聯邦法院一九八〇年判決 BGE 34 I, 528），農會法第十八條第四款規定，與憲法上開意旨雖尚無牴觸，惟若如確定判決所援用之內政部七十一年八月二十六日台內社字第一〇六七二五號相關函釋，謂住址應以戶籍為準，則已超越合憲解釋之範圍，而應予限定。除此見解未獲多數通過之解釋文採納，應於不同意見書辯明之外；對於農民健康保險條例相關規定多數通過之解釋文所提示之「農會會員遷出原農會組織區域，『如仍從事農業工作時』，其於農民健康保險條例下所得享有之權益應不受影響」的釋憲見解，本人認為亦有不足之處。蓋未對上開合憲解釋範圍為界定，就上述「仍實際從事農業工作」，但因戶籍之遷出被認定強制出會者，在尚無或無法辦理續保之情況下所產生之盲點，應如何解決，仍係多數通過之解釋理由所遺之漏洞。且對主管機關據以發布命令之法規，概念解釋之合憲範圍若不加以界定，其被扭曲適用之結果，反而形成「惡法」，有違憲法保護農民、輔導農業之基本國策；且主管機關如固本「惡法亦法」之陋規，則大法官縱有關心農民健康權益保障之美意，亦無實惠可言。爰提不同意見如上。

#### 抄曾〇邦聲請書

- 一、聲請人：曾〇邦
- 二、受理機關：司法院大法官會議

- 三、聲請解釋憲法之目的：農民健康保險條例公布後，農會法第十八條第四款有牴觸憲法第七條及第十條之疑義，請求解釋。
- 四、事實：曾 0 邦世代務農，為彰化縣埤頭農會會員，一生不離農、離地，於 77.10.25 參加農保，曾兩次戶籍短暫遷移。一、78.7.15 遷出，77.10.4 遷回。二、79.2.19 遷出，79.3.22 遷回。戶籍遷移時，埤頭農會誤解法令認為，農會法第十八條第四款規定：「住址遷離原農會組織區域者為出會」所指之「住址」是民法第二十條意定住所：「依一定事實，足認以久住之意思，住於一定之地域者，即為設定其住所於該地」。既然曾君只是將戶籍遷出，農地、農舍、工作、居住及納稅完全在埤頭農會組織區域內。因此該保有會員及農保資格。曾君不幸於 79.6.15 檢查確定肝癌，用農保開刀前後住院十餘次。直至 81.8.6 同案情會員李 0 伴死亡，勞保局因其戶籍曾遷出，遷回時未依農會法第十二條重新入會，拒給死亡補助。此時農會才知道戶籍遷出為出會，遷回如無辦入會手續，農保永遠無效，因此全面清查，並於 81.9.29 為曾 0 邦重新入會，81.10.1 申報加保。事後被勞保局發現，該局以（八二）勞農字第四 0 六 0 七號文取消曾君農保資格由 78.7.16 起至 81.10.1 止共中斷三年多。又以（八二）勞醫字第一 0 三七七一號文追回中斷農保時所有醫療費。雖 81.10.1 重新加保生效，但肝癌發生於農保中斷期，變成帶病投保。只准繳費、不准醫療。曾君不服，一、向內政部農保監理會申請審議，二、向內政部訴願，三、行政院再訴願，四、行政法院訴訟（詳見附件證據），均被駁回。而行政法院認為曾君遷往西螺，如仍具備自耕農身份，仍可參加西螺農會辦理投保農民健康保險，認為農會法第十八條第四款並無牴觸憲法第七條及第十條。可見該院不清楚農會法第十二條入會規定及社會變遷下之農業工作。理由如下述：
- 五、理由：農業工作隨工業時代變遷，已非早期農業社會。最常見是老農夫住農村務農，子女住都市。為解決人力問題，長期作物如水稻、甘蔗、果樹、竹筍 等最受歡迎，因每年至少有長達三 - 五個月農閒時期，趁著農閒遷往都市和子女居住，最多每月到農田看一次。此時完全不影響農作物正常生長及生產。採收期將

至又遷回開始農忙。如遷往都市時期想依農會法第十二條規定，加入都市農會參加農保，一來在都市農會組織區域內無農地，二來實際農業工作在故鄉農村，根本不可能。不幸的是老農夫住都市水土不服易病，發病時立刻去向原農會申請門診或住院單，農會必因老農戶籍遷出失去資格不給。此時老農又立刻將戶籍遷回原農會重新入會並加保。而農民健康保險條例第十六條規定：「被保險人或其受益人，於保險效力開始後、停止前，發生保險事故者，得依本條例規定請領保險給付。」老農於復保前發生疾病，雖復保生效也不給付，此時終身只准繳費，不准醫療。此事件已成為社會重大問題，因而有一、南投埔里鎮農會保險部主任洪○男不滿農保業務自殺。二、各級法院忙於農保訟案。三、由雲縣農會串連全國各農會預定於 82.6.1 起拒辦農保業務（以上見附件剪報）。不得不 82.5.12 內政部、農會、勞保局代表會議，作出牴觸農會法第十二條之行政命令即：「被保險人戶籍遷出再遷回，只要仍實際從事農業工作，不需重辦加保」（見剪報）。但對於 82.5.20 前發生之案件於事無補。同時也修改農保條例，以取消遷戶籍及帶病投保之限制。目前草案還在立院排隊。

綜上而論：憲法第十條規定：「人民有居住及遷徙之自由」。然而農會法第十八條第四款等於嚴禁老農在不影響農業工作及生產下，趁著農閒遷往都市與子女共享天倫之樂。憲法第七條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」。各行各業之各種保險，絕不會因遷戶籍而喪失保險資格。而依附於農會法之農保條例，卻明文規定農民戶籍只要遷出農會組織區域就喪失農保資格，明顯是歧視弱勢的農民。因此農會法第十八條第四款顯然牴觸憲法，應不適用於 78.6.23 起公布之農民健康保險條例。

#### 六、內附證件及證據：

附件一：八二勞農字第四○六○七號文

附件二：八二勞醫字第一○三七七一號文

附件三：（八二）農監審字第一一二四號審定書

附件四：台（八二）內訴字第八二○四二九九號訴願決定書

附件五：台八十三訴字第0六二五九號再訴願決定書

附件六：行政院八十三年度判字第九九九號判決書

附件七：有關本案剪報

附件八：委任書

謹 致

司法院大法官會議

聲 請 人 曾 0 邦

聲請代理人 江 0 邨

中 華 民 國 八 十 三 年 六 月 十 一 日

附件六：

行政院判決

八十三年度判字第九九九號

原 告 曾 0 邦 （住略）

訴訟代理人 江 0 邨 （住略）

被 告 臺閩地區勞工保險局

上當事人間因農保事件，原告不服行政院中華民國八十三年二月二十一日台八十三訴字第0六二五九號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣彰化縣埤頭鄉農會於民國七十七年十月二十五日申報原告為會員參加農保，嗣原告於七十八年七月十五日戶籍遷至雲林縣西螺鎮，七十八年十月四日遷回，再於七十九年二月十九日戶籍遷至雲林縣西螺鎮，七十九年三月二十二日遷回彰化縣埤頭鄉，彰化縣埤頭鄉乃於八十一年十月一日重新申報加保，案經被告查明上開事實後，認原告於七十八年七月十五日遷出農會組織區域，自應喪失被保險人資格，乃以八十二．三．一勞農字第四0六0七號函知該農會並副知原告，自七十八年七月十六日起取消其被保險人資格，另其於八十一年十月一日加保部分已受理在案。至原告住院診療費用，俟查定後另行核定。

原告不服，申請爭議審議，要求恢復七十八年七月十六日起至八十一年十月一日止之被保險人資格。案經審議駁回，乃提起訴願、再訴願，均遭決定駁回，遂提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨如次：原告起訴意旨略謂：（一）就法令處分違法方面：農會法第十八條第四款：「住址遷離原農會組織區域為出會」所指之「住址」就民法第二十條意定住所：「依一定事實，足認以久住之意思，住於一定之地域者，即為設定其住所於該地。」故農會法所稱之「住址」應為實際住所，而非「戶籍」。勞保局既曾派員訪查，便應就事實認定，原告未離農離地，實居於該農會組織區域內，「住址」未遷離，然而內政部 71.8.26 台內社字第一 0 六七二五號函釋，認為「住址」應以戶籍登記為準，顯然牴觸民法第二十條規定，且依憲法第十條規定：「人民有居住及遷徙之自由」。憲法第七條亦規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，為何各行各業之會員及被保險人身份，不因遷戶籍而喪失其會員或被保險人資格。只有農民會因遷戶籍喪失其被保險人資格。就中央法規標準法第十一條：「法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律。」農會法第十八條第四款所稱之「住址」，如依內政部 71.8.26 台內社字第一 0 六七二五號函釋，認為「住址」就以戶籍登記為準。那麼該條法律已經牴觸憲法第七條及第十條，應屬無效。為何勞保局及其上級機關不曾依司法院大法官會議法第四條聲請解釋憲法。（二）就責任歸屬違法處分方面：農保作業精深難懂，農會農保承辦員未受訓練且案發前亦無任何法令宣導。從事農業工作農民認定標準及資格審查辦法第九條：「農會至少每半年應派員前往所在地戶政事務所查對被保險人有無死亡或戶籍遷出」，農會沒查，勞保局也不督導，原告不曾中斷繳費，且遷回時，完全服從代表勞保局的農會辦理恢復會籍手續，至於復保手續錯誤，錯不在原告，勞保局該為他的下層機關負責。被告為彌補農保虧損，故意曲解法令，安排陷阱使原告權益受損，今舉上諸理由，望明鑒事因，撤廢原處分，以維原告人民權益等語。

被告答辯意旨略謂：（一）農會法第十八條第四款規定：「農會會員住址遷離原農會組織區域者為出會。」另據內政部七十一年八月二十

六日台內社字第一〇六七二五號函示：「按農會會員資格，以其居住於農會組織區域內為要件之一，其住址遷離原農會組織區域內者即為出會，農會法第十二條、第十八條第四款定有明文。是農會會員之出會，自應以其戶籍上登記之遷離原農會組織區域之日為準。至農會理事會之審定僅為事實之確認而已。農會會員一旦出會，即喪失會員資格，縱令於理事會審定其出會之前已遷回，不能恢復其會員資格。」另被告係依據投保單位所送加、退保表作書面審核，惟事後發生保險事故，經被告依農民健康保險條例第二十一條規定調查其資格有不合上開投保要件者，則依農民健康保險條例第十九條規定取消該被保險人資格，有領取保險給付者，並依法追還。（二）查彰化縣埤頭鄉農會於七十七年十月二十五日申報原告參加農保，惟查其戶籍已於七十八年七月十五日遷出該農會組織區域，依上開規定，其農會會員資格於戶籍遷出農會組織區域時即已喪失。被告乃於八十二年三月一日以勞農字第四〇六〇七號函核定自七十八年七月十六日起取消其農保被保險人資格，另該會於八十一年十月一日重新為其申報加保部分被告已受理在案。原告不服被告核定向農民健康保險監理委員會申請爭議審議，經審定駁回，復向內政部、行政院提起訴願及再訴願，亦均經駁回在案，具見被告核定並無不當。敬請駁回原告之訴等語。

#### 理 由

按「農會會員住址遷離原農會組織區域者為出會」，為行為時農會法第十八條第四款所規定。又「農會會員之出會，應以其戶籍上登記之遷離原農會組織區域之日為準，至農會理事會之審定僅為事實之確認而已。農會會員一旦出會，即喪失會員資格，縱令於理事會審定其出會前已遷回，不能恢復其會員資格」，復經內政部七十一年八月二十六日台內社字第一〇六七二五號函釋有案。本件原告於民國七十七年十月二十五日經彰化縣埤頭鄉農會申報為該農會會員向被告投保農民健康保險，旋於七十八年七月十五日將戶籍遷至雲林縣西螺鎮，七十八年十月四日遷回，又於七十九年二月十九日遷至雲林縣西螺鎮，同年三月二十二日再遷回彰化縣埤頭鄉，有彰化縣埤頭鄉戶政事務所核發之戶籍謄本附卷可稽，並為原告所不爭執，依首開規定，其住址於七十八年七月十五日遷離該農會組織區域，原告農會會員之資格即已

喪失，被告因而核定原告自七十八年七月十六日取消其投保資格，並無違誤。按住址之變更、遷徙登記，係屬戶籍管理之事項，與民法第二十條所定生活之本據之住所意義未盡相同，農會法第十八條第四款所定農會會員出會之原因，為住址之遷離，並不以有廢除住所之意思為要件，原告訴稱：農會法第十八條第四款所稱之「住址」應為「實際住所」而非「戶籍上登記」之住所，否則有違憲法第十條規定無效，又農會法規定遷離原農會組織區域為出會，喪失投保農保資格，亦違反憲法第七條規定，應認為無效，且本件未辦復保，係代表被告之農會之錯誤，不在原告，應由被告為其下層機關之農會負責云云，然按：依戶籍法第二十八條、第三十八條、第四十條規定，辦理戶籍遷徙登記，應由申請人提出經簽名蓋章之登記申請書向當事人所在地之戶政事務所為之。原告既係自願填寫登記申請書辦妥戶籍遷徙登記，足證其有將「住址」遷離原農會區域之意思，且此遷離住址之行為，完全係基於原告之自由意思所為，自無違反憲法第十條之餘地。又原告遷出雲林縣西螺鎮，如仍具備自耕農身分，仍可參加雲林縣西螺鎮農會辦理投保農民健康保險，亦無違反憲法第七條規定之可言。原告依據上述理由主張原處分違法之訴稱，均不足採信。復按：依農會法第二條、第十二條規定，農會係由農會組織區域內之會員所組織之法人，乃代表會員即原告等辦理投保農民保險等有關會員農民利益之獨立法人，並非被告之下層機關，農會代會員辦理投保業務，若有過失致會員受有損害，依原告在一再訴願書所附證八之證物所示，乃原告能否向農會提起民事訴訟請求損害賠償之問題，被告對之並無責任，原告張冠李戴，將農會之過失責任指定應由被告負責之訴稱，亦無足取，從而，原告所訴各節，皆不足採。一再訴願決定，遞予維持原處分，均無不合。原告起訴意旨，難認為有理由，應予駁回。據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十三年五月十日  
(本聲請書其餘附件略)

# 司法院釋字第三九九號解釋

中華民國 85 年 3 月 22 日

院台大二字第 06238 號

## 解 釋 文

姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二十二條所保障。姓名條例第六條第一項第六款規定命名文字字義粗俗不雅或有特殊原因經主管機關認定者，得申請改名。是有無申請改名之特殊原因，由主管機關於受理個別案件，就具體事實認定之。姓名文字與讀音會意有不可分之關係，讀音會意不雅，自屬上開法條所稱得申請改名之特殊原因之一。內政部中華民國六十五年四月十九日臺內戶字第六八二二六六號函釋「姓名不雅，不能以讀音會意擴大解釋」，與上開意旨不符，有違憲法保障人格權之本旨，應不予援用。

## 解釋理由書

按行政機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，本院釋字第一三七號解釋即係本此意旨；主管機關依其職掌就有關法規所為釋示，固可供法官於審判案件時參考，但不受其拘束。惟如經法院引用為裁判之基礎者，參照本院釋字第二一六號解釋，得為違憲審查之對象。本案行政法院八十三年度判字第九四八號判決理由中雖未明確指出具體適用何項法令，但由其所持法律見解，可判斷該項判決係以內政部六十五年四月十九日臺內戶字第六八二二六六號函釋為判決基礎。依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，應予受理。

姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二十二條所保障。姓名條例第六條第一項就人民申請改名，設有各種限制，其第六款規定命名文字字義粗俗不雅或有特殊原因經主管機關認定者得申請改名，命名文字字義粗俗不雅者，主管機關之認定固有其客觀依據，至於「有特殊原因」原亦屬

一種不確定法律概念，尤應由主管機關於受理個別案件時，就具體事實認定之，且命名之雅與不雅，繫於姓名權人主觀之價值觀念，主管機關於認定時允宜予以尊重。姓名文字與讀音會意有不可分之關係，讀音會意不雅，自屬上開法條所稱得申請改名之特殊原因之一。內政部六十五年四月十九日臺內戶字第六八二二六六號函釋「姓名不雅，不能以讀音會意擴大解釋」，與上開意旨不符，有違憲法保障人格權之本旨，應不予援用。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

抄黃O林聲請書

受文者：司法院

主 旨：內政部六十五年四月十九日台內戶字第六八二二六六號函令「姓名不雅，不能以讀音會意擴大解釋」是否牴觸姓名條例第六條第一項第六款，牴觸憲法第十一條之疑義，聲請解釋。

說 明：

一、疑義發生經過

①聲請人十歲孩子黃O家被同學嘲弄「黃指甲」，向戶政事務所申請改名，卻遭不具法律依據與說明理由之否准處分（附件），乃提起訴願及至行政訴訟，均遭駁回。行政法院八十三年度判字第九四八號判決並未適用法規，僅持理由：「惟所謂命名文字字義粗俗不雅，係指文字字義粗俗欠雅而言，不能以其讀音會意擴大解釋，而謂為粗俗不雅。」然此一段文句造詞顯有引述被告答辯，援用內政部六十五年四月十九日台內戶字第六八二二六六號函令「姓名不雅，不能以讀音會意擴大解釋」之文字延續、修詞、

造句為「命名文字字義」之限制讀音會意擴大解釋（附判決）。可是最近一次再審判決：八十三年度判字第一六一三號判決理由對「志家」諧音「志嘉」（志氣可嘉）；「志佳」（志氣甚佳），作反義的解釋，豈非與判決主文顯有矛盾者乎？

- ②本案件疑義在於「姓名條例」第六條第一項第六款「命名文字字義粗俗不雅或有特殊原因經主管機關認定者」之「命名文字字義粗俗不雅」問題，條款上並無不得以讀音會意擴大解釋規定，自然依「得」申請之申請人自以為命名「粗俗不雅」出於私權利自由思想觀念意願為前提「得」申請改名。設如：內政部六十五年四月十九日台內戶字第六八二二六六號函令「姓名不雅，不能以讀音會意擴大解釋」，是箝制人民思想自由，牴觸姓名條例上揭條款立法旨意，亦牴觸憲法第十一條，保障人民有言論、講學、著作及出版之自由；進而牴觸憲法第十五條生存權；第二十二條人民權利自由概括規定。

## 二、聲請人對本案件所持立場與見解

人們對「粗俗不雅」的名字，各有想法、「認知」的不同，有者故意以畜牲豬、狗、羊、牛為名字；有者命名字義雖正確，但有其讀音、呼喚、喊叫、會意而人格受侵害。譬如：「伍魁」諧音「烏龜」；「黃八德」諧音「王八蛋」。另外，還有一種采擷「意思」傳達之命名，如閩南語「招治」，希望再來生一個男孩；「罔市」就是女孩太多個既又生女孩，則只好隨便餵養也。所以在文學上論文字「字義」解釋：一、是文字的意義；二、是文字的意思。因此，命名文字字義粗俗不雅，不能光就文字的意義解釋，況且名字不僅只是用來認字，亦有用來呼喚、喊叫，自然產生會意「文字的意思」聯想。就本案件最近一次行政法院八十三年度判字第一六一三號判決駁回，判決理由與判決主文顯有矛盾之處，即有反義的認同命名「志家」諧音「志嘉」（志氣可嘉）；「志佳」（志氣甚佳）之讀音會意擴大解釋，這是最

具常理的一種「自由心證」式符人民私權益「得」自由之意願權利。聲請人為子命名乃為保育。政府各級機關自應依兒童福利法第三條負有關協助維護兒童身心健康之責任，對兒童申請改名一事，更不可矯枉過正，故為刁難。

三、聲請憲法解釋之目的

- ①向行政法院提起重審「再審之訴」。
- ②維護私權，向民事法庭提起「正名之訴」。

四、檢附本案件處理之主要文件及佐證資料：

- ①嘉義縣水上鄉戶政事務所，嘉水戶字第一六七四號簡文表一件。
- ②行政法院八十三年度判字第九四八號判決一件。
- ③行政法院八十三年度判字第一六一三號判決（判決理由與主文顯有矛盾者一件）。
- ④為子命名權利新聞一則。
- ⑤行政院「南進政策」正名為「南向政策」新聞一則。
- ⑥申請改名標準何在？新聞一則。
- ⑦正名之爭新聞一則。

呈 請

鈞院大法官會議賜予解釋，以資保障人民權利。

聲請人：黃〇林

中 華 民 國 八 十 三 年 八 月 二 十 九 日

附件二：

行政法院判決

八十三年度判字第九四八號

原 告 黃〇林（住略）

被 告 嘉義縣水上鄉戶政事務所

上當事人間因戶政事件，原告不服台灣省政府中華民國八十三年三月八日八三府訴三字第一四七五七五號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

### 事實

緣原告於民國八十二年九月十三日，以其長子名「0家」，諧音「指甲」，字義粗俗不雅，向被告申請改名為「之誠」，經被告於八十二年九月十五日以嘉水戶字第一六七四號簡便行文表函復原告其申請更改長子名字，核與規定粗俗不雅字義欠合，未便照准。原告不服，循序提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨及補充理由略謂：原告之子名「0家」，親友咸認諧音「指甲」，粗俗不雅，孩子亦受同學嘲弄。原告為子取名「0家」是主見「主觀」，嗣經親友客觀者認定「0家」諧音「指甲」，粗俗不雅，被告不依戶籍法第四十條規定辦理原告之申請，更改「0家」之名，有違憲法第十五條、第二十二條、兒童福利法等生存權、自由權及對兒童之保障，承辦戶政事務主管以簡便行文表之處分書，有違公務員服務法第五條、第六條、第七條規定，自屬違法處分，一再訴願決定斷章取義，引用字義粗俗不雅不能以其讀音會意擴大解釋之釋示，牴觸憲法保障人民生存、自由之權利。請判決撤銷一再訴願決定及原處分，准原告之子黃0家改名為黃0誠等語。

被告答辯意旨略謂：原告之長子黃0家，原名黃0成，因與同村二十四鄰崎子頭一之一八九號黃0成同名，依姓名條例第六條第一項第三款：同時在一縣市內居住六個月以上，姓名完全相同年齡較幼者之規定申請改名，經被告於去(82)年八月二十日以嘉水戶字第一四八二號簡便行文表核准改名在案，原告於改名後不及一月，復於同年九月十三日以所改名字粗俗不雅，再次申請改名，經查其申請理由，係以其長子黃0家，諧音黃指甲，字義粗俗不雅，惟查所謂命名文字字義粗俗不雅，當係指文字字義粗俗欠雅、如豬、狗、偷、扒、尿、屎、乞丐等字義而言，不能以讀音會義擴大解釋，而謂為粗俗不雅（參見行政法院七十一年九月七日七十一年判字第一0八七號判決）。又姓名不雅，不能以其讀音會意擴大解釋（內政部六十五年四月十九日台內戶字第六八二二六六號函曾有釋示：「劉許0滿以其名讀音與閩南語「苦未滿」相似申請改名，核與規定不合，應不予受理」），本件原告

主張其長子「0家」名字粗俗不雅，顯與上開判決及函釋有違，自無姓名條例第六條第一項第六款規定粗俗不雅之適用，被告駁回其申請，依法並無不合，其訴請撤銷為無理由，請判決駁回原告之訴等語。

### 理 由

按命名文字字義粗俗不雅者，得申請改名，固為姓名條例第六條第一項第六款所明定。惟所謂命名文字字義粗俗不雅，係指文字字義粗俗欠雅而言，不能以其讀音會意擴大解釋，而謂為粗俗不雅。本件原告長子名「0家」二字，難謂其字義粗俗不雅，原告主張該名字粗俗不雅，核無可採。被告否准原告申請其子之改名，揆諸首揭規定及說明，洵無違誤。其據以核駁，核與憲法第十五條、第二十二條、兒童福利法之規定亦無牴觸。又簡便行文表為公文類別之一，被告本於其職務所合法製作，原告指摘被告以簡便行文表復知，係屬違法處分云云，殊非可採。一再訴願決定遞予維持原處分，均無不合。原告起訴論旨，非有理由，應予駁回。據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 三 年 五 月 五 日  
(本聲請書其餘附件略)

# 司法院釋字第四〇〇號解釋

中華民國 85 年 4 月 12 日

院台大二字第 07355 號

## 解 釋 文

憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。如因公用或其他公益目的之必要，國家機關雖得依法徵收人民之財產，但應給予相當之補償，方符憲法保障財產權之意旨。既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償，各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償。若在某一道路範圍內之私有土地均辦理徵收，僅因既成道路有公用地役關係而以命令規定繼續使用，毋庸同時徵收補償，顯與平等原則相違。至於因地理環境或人文狀況改變，既成道路喪失其原有功能者，則應隨時檢討並予廢止。行政院中華民國六十七年七月十四日台六十七內字第六三〇一號函及同院六十九年二月二十三日台六十九內字第二〇七二號函與前述意旨不符部分，應不再援用。

## 解釋理由書

本件確定終局判決係以行政院六十七年七月十四日台六十七內字第六三〇一號函及同院六十九年二月二十三日台六十九內字第二〇七二號函並未違反土地法第十四條規定為前提論據，上開函件既經聲請人具體指陳有牴觸憲法之疑義，應依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，予以受理，合先說明。

憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。惟個人行使財產權仍應依法受社會責任及環境生態責任之限制，其因此

類責任使財產之利用有所限制，而形成個人利益之特別犧牲，社會公眾並因而受益者，應享有相當補償之權利。至國家因興辦公共事業或因實施國家經濟政策，雖得依法律規定徵收私有土地（參照土地法第二百零八條及第二百零九條），但應給予相當之補償，方符首開憲法保障財產權之意旨。

公用地役關係乃私有土地而具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間，久為我國法制所承認（參照本院釋字第二五五號解釋、行政院四十五年判字第八號及六十一年判字第四三五號判例）。既成道路成立公用地役關係，首須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概（例如始於日據時期、八七水災等）為必要。至於依建築法規及民法等之規定，提供土地作為公眾通行之道路，與因時效而形成之既成道路不同，非本件解釋所指之公用地役關係，乃屬當然。私有土地因符合前開要件而存在公用地役關係時，有關機關自應依據法律辦理徵收，並斟酌國家財政狀況給予相當補償。各級政府如因經費困難不能對前述道路全面徵收補償，亦應參酌行政院八十四年十月二十八日發布之台八十四內字第三八四九三號函及同年十月十一日內政部台八十四內營字第八四八〇四八一號函之意旨，訂定確實可行之期限籌措財源逐年辦理，或以其他方法彌補其損失，諸如發行分期補償之債券、採取使用者收費制度、抵稅或以公有土地抵償等以代替金錢給付。若在某一道路範圍內之私有土地均辦理徵收，僅因既成道路有公用地役關係而以命令規定繼續使用毋庸同時徵收補償，顯與平等原則相違。又因地理環境或人文狀況改變，既成道路喪失其原有功能者，則應隨時檢討並予廢止。行政院六十七年七月十四日台六十七內字第六三〇一號函所稱：「政府依都市計畫主動辦理道路拓寬或打通工程施工後道路形態業已改變者，該道路範圍內之私有土地，除日據時期之既成道路目前仍作道路使用，且依土地登記簿記載於土地總登記時，已登記為『道』地目之土地，仍依前項公用地役關係繼續使用外，其餘土地應一律辦理徵收補償。」及同院六十

九年二月二十三日台六十九內字第二〇七二號函所稱：「查台六十七內字第六三〇一號院函說明二第二項核釋日據時期既成道路仍依公用地役關係繼續使用乙節，乃係顧及地方財政困難，一時無法籌措鉅額補償費，並非永久不予依法徵收，依土地法第十四條：『公共交通道路土地不得為私有 其已成為私有者，得依法徵收。』之原旨，作如下之補充規定：『今後地方政府如財政寬裕或所興築道路曾獲得上級專案補助經費，或依法徵收工程受益費，車輛通行費者，則對該道路內私有既成道路土地應一律依法徵收補償。』」與前述意旨不符部分，應不再援用。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

### 不同意見書

大法官 孫森焱

行政院六十七年七月十四日台六十七內字第六三〇一號函第二項係就「政府依都市計畫主動辦理道路拓寬或打通工程施工後道路形態業已改變者，該道路範圍內之私有土地除日據時期之既成道路目前仍作道路使用，且依土地登記簿記載，於土地總登記時，已登記為『道』地目之土地」，釋示仍應依公用地役關係繼續使用。其適用之對象係政府依都市計畫辦理道路拓寬或打通工程時，對於（一）、自日據時期起即為既成道路；（二）、於辦理土地總登記時即登記為「道」地目的土地，規定不辦理徵收補償。又行政院六十九年二月二十三日台六十九內字第二〇七二號函則謂：日據時期既成道路認定標準，以土地總登記時，地目為「道」，且目前仍作道路使用者為準（第二項）。並補充規定「今後地方政府如財政寬裕或所興築道路曾獲得上級專案補助經費，或依法徵收工程受益費，車輛通行費者，則對該道路內私有既成道路土地應一律依法徵收補償。（第四項）」聲請人指行政院上揭行政命令牴觸憲法聲請解釋，係以：伊所有坐落嘉義市東門段六小段四二之一地號土地自日據時期即民國十九年起即成

為公共通行道路，台灣光復後嘉義市政府實施都市計畫時，該道路編為安和路，民國六十三年將系爭土地之地目由「建」變更為「道」，並鋪設柏油路面，為市區往來不可或缺之主要道路，經申請嘉義市政府徵收補償遭拒，迭經提起訴願、再訴願及行政訴訟，經行政院依上開行政命令為聲請人敗訴之判決云云為論據。惟查系爭土地既非嘉義市政府依都市計畫辦理道路拓寬工程而使用，亦非於辦理土地總登記時即登記為「道」地目，與行政院六十七年七月十四日台六十七內字第六三〇一號函釋不辦理徵收補償之意旨無涉；與行政院六十九年二月二十三日台六十九內字第二〇七二號函係就土地總登記時，地目為「道」之土地現仍作為道路使用者為補充規定之情形亦屬有間。上開行政命令既非謂政府未依都市計畫辦理道路拓寬或打通工程者，即不予徵收補償，與系爭土地是否應辦理徵收補償，原無關連，行政院為聲請人敗訴之判決無非謂政府因財政困難，目前尚無徵收計畫，不能辦理徵收為依據。關此，行政院於八十四年十月二十八日發布之台八十四內字第三八四九三號函及內政部八十四年十月十一日台八十四內營字第八四八〇四八一號函已就政府開闢使用達都市計畫道路寬度之私有道路土地，研擬徵收補償方案，是聲請人聲請解釋上開行政命令（前者之第二項，後者之第四項）牴觸憲法，與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不符，依同條第三項規定，應不予受理為是。

其次，於私有土地存有公用地役關係之原因或因政府未經徵收即先行開闢為道路者；或因人民自行闢設為道路者；或依都市計畫寬度開闢為道路而未辦理徵收者，不一而足。其因人民自行闢設為道路者，則有為行善而鋪橋造路或願無償提供土地於公眾通行者；亦有建設公司為推行社區建築物之出售案，預先規劃道路用地，供公眾通行之用，增加社區建築基地之價值者。凡此種種，提供道路用地之所有人，初未預期自政府獲得地價之補償。倘因本號解釋之結果，竟得獲政府辦理土地之徵收而補償其地價，豈非得意外財。

依建築法第四十八條規定「直轄市縣（市）（局）主管建築機關應指定已經公告道路之境界線為建築線。但都市細部計畫規定須退縮建築時，從其規定。」「前項以外之現有巷道，直轄市、縣（市）

(局)主管建築機關認有必要時，得另定建築線；其辦法於建築管理規則中定之。」準此，「已經公告道路」及其他道路之利用，在建築法設有不同之規定。依建築法第一百零一條規定訂定之台灣省建築管理規則第四條及高雄市建築管理規則第三條就「現有巷道」設有規定，將「供公眾通行，具有公用地役關係之巷道」與「私設通路經土地所有權人出具供公眾通行同意者或捐獻土地為道路使用，經依法完成土地移轉登記手續者」二者併列（以上引台灣省建築管理規則第四條之規定，高雄市建築管理規則第三條之規定略同），依上所述，成立公用地役關係之道路，並非概屬適於辦理徵收補償。如能限於編為道路用地之部分，始辦理徵收補償，其與建築法第四十八條之規定限制土地所有人不得建築房屋之意旨方能呼應；抑有進者，編為道路用地之私有土地，如係土地所有人明示同意無償提供公眾通行之用，則亦無由政府辦理徵收補償之理，本解釋文就此應明確表明除外之意旨，始符土地所有人奉獻公眾之美意。其於設置社區之初，即由建設公司規劃為道路用地者，該道路用地之地價已計入社區建築基地之成本，由承購社區建築物及基地之人負擔其費用，如由政府於經過相當期間後辦理徵收補償，無端增加公庫負擔，尤非合理。本解釋理由書就此僅說明依建築法規及民法等之規定提供土地作為公眾通行之道路應予除外，其除外之範圍仍欠明確，爰提出不同意見書如上。

抄吳〇月等五人聲請書

受文者：司法院

聲請事項：為聲請人受行政院八十二年度判字第二四七九號終局判決維持臺灣省嘉義市政府適用行政院「六十七年七月十四日台內字第六三〇一號」函與同院「台六十九內字第二〇七二號」函之規定，就聲請人所有坐落「嘉義市〇〇段六小段四二 - 一地號」土地，因供巷道使用六十餘年，請求徵收補償一事所為駁回處分之結果，違反憲法第十五條、第二十三條、第一百四十三條及第一百七十二條規定，侵害聲請人受憲法保障之財產權，茲依司法院大法官會議法第四條第一項第二款規定，聲請解釋行政院「六十七年七

月十四日台內字第六三〇一號」函與「台六十九內字第二〇七二號」函之行政命令牴觸憲法。

說明：

一、聲請釋憲之理由及所引用之憲法條文：

按人民之財產權，為憲法第十五條所保障，而同法第二十三條後段規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」足見對憲法所保障之各項權利之限制，應以法律為之，且其立法旨意應受憲法第二十三條之拘束。前揭行政院「六十七年七月十四日台內字第六三〇一號」函與「台六十九內字第二〇七二號」函，屬行政命令之位階，自不能逾越法律授權範圍之外，限制人民受憲法保障之財產權利；惟查該行政命令就既成巷道徵收之限制，已逾越土地法第十四條「公共道路土地不得為私有，其已成為私有者，得依法徵收。」之規定，顯與憲法第十五條、第二十三條、第一百四十三條及第一百七十二條之規定牴觸。

二、疑義之性質與經過：

- (一)聲請人為坐落「嘉義市〇〇段六小段四二 - 一地號」之土地所有權人，前揭土地自日據時代（即民國十九年）起即成為公共通行道路，臺灣光復後，為配合市區發展，曾將該區舊有通路做局部修葺，並多次進行維護工程。嘉義市政府進行都市計畫時，更將系爭土地所屬之舊道路改編為「安和路」，並於民國六十三年逕將系爭土地之地目由「建」變更為「道」，至此系爭土地儼然已喪失交易價值，僅能企盼政府惠予徵收補償，以符合社會公平原則。
- (二)查系爭道路乃一條寬六米，全線柏油路面，市區交通往來不可或缺的現代道路，六十餘年來，克盡服務市民之責，帶動市區發展，功不可沒。系爭道路兩邊之私有土地亦因而水漲船高，唯獨系爭土地 - 聲請人等雖美名為系爭土地之「所有權人」，無奈徒具虛名，未享受到任何「所有權

能」之利益，既不能處分，也不能行使所有權能收取利益，試問：此般所有權狀與「廢紙」何異？

- (三)準此，政府機關理應依土地法第十四條：「公共交通道路不得私有，其已成為私有者，得依法徵收之」之規定辦理徵收系爭土地，以補償聲請人等六十餘年來之無法享受系爭土地利益之損失，以符社會正義與公平之理念。詎臺灣省嘉義市政府不作是想，而以「財政困難」為由拒絕徵收補償，聲請人等不服依法提起訴願、再訴願及行政訴訟，經行政院以「八十二年度判字第二四七九號」判決，維持臺灣省政府、內政部所為之訴願及再訴願決定，認為有關既成道路內之私有土地應否辦理徵收補償？行政院曾以「六十七年七月十四日台內字第六三〇一號」函規定：「政府依都市計畫主動辦理道路拓寬或打通工程施工後道路形態業已改變者，該道路範圍內之私有土地，除日據時期之既成道路目前仍作道路使用，且依土地登記簿登載，該土地於總登記時已登記為『道』地目者，仍依前項公用地役關係繼續使用外，其餘土地應一律辦理徵收補償」，同院台六十九內字第二〇七二號函復補充規定謂「台六十七內字第六三〇一號函」說明核釋日據時期既成道路仍依公用地役關係繼續使用一節，乃係顧及地方財政困難，一時無法籌措鉅額補償，並非永久不予依法徵收，依土地法第十四條：『公共交通道路地不得私有 其已成為私有者，得依法徵收之』之原旨，作如下之補充規定：『今後地方政府如財政寬裕或所興築之道路，曾獲上級專案補助經費或依法徵收工程受益費，車輛通行費者，則對該道路內私有既成道路土地，應一律依法徵收補償。』」是行政院上開函示規定，係就地方政府財政困難所為，且已宣示該項土地並非永久不予依法徵收，自難謂其與首開法條規定牴觸。準此聲請人請求嘉義市政府辦理徵收補償，嘉義市政府以其財政拮据，無法辦理，因而否准聲請人等之請求，並無違誤，從而駁回聲請人所提起之行政訴訟。

### 三、聲請人之立場與見解：

查臺灣省嘉義市政府據以駁回聲請人請求徵收補償私有既成道路之土地之行政命令，無論從其位階或從其所依據之土地法第十四條之立法意旨而觀，均不足為限制人民財產權之依據，其抵觸憲法第十五條、第二十三條、第一百四十三條及第一百七十二條之情，昭彰甚明。茲闡明該行政命令侵害聲請人所享憲法上權利之理由如下：

(一)土地法第十四條規定：「公共交通道路不得私有，其已成為私有者，得依法徵收之。」是法律明定一私有之交通道路應予徵收補償，其立法意旨乃緣於憲法第十五條保護人民私有財產權意旨而來，因此任何較「法律」位階低之命令均不能抵觸之。然而行政院六十七年七月十四日台內字第六三〇一函及台六十九內字第二〇七二號函，對私有既成道路規定「以地方政府財政寬裕或獲有上級專案補助經費時，再依法徵收補償」之行政命令，顯然與土地法及憲法相抵觸，嚴重損害人民私有財產權益。

(二)次就具有公用地役關係之私有土地，政府應否予以徵收補償言之 -

1. 最高法院四十五年判字第八號、五十二年判字第三〇三號等判例，均闡釋「私有土地具有公用地役關係時，土地所有人雖仍具有土地所有權，唯不得違反供公眾通行之目的而為使用。」行政院依據該判例而以「台內字第六三〇一號」函規定：「日據時期之既成道路目前仍作道路使用，已登記為『道』地目者，仍依前項公用地役關係繼續使用」，從而準據最高法院判例及行政院函示，徒僅獲得：「公用地役關係之私有土地，不得違反公眾通行之目的。」之結論而已，至於用地機關應否徵收？則未敘及，實際上，「公用地役」關係之存否，根本不能作為「應否徵收」之判斷標準，法理至明。

2. 公用地役關係與「時效取得地上權」頗為類似，依據大法官會議第二九一號解釋謂「至於因取得時效完成而經

登記為地上權人時，其與土地所有權人間，如就地租事項有所爭議，應由法院裁判之。」足證時效取得地上權人仍需付地租以補償土地所有人之損失。準此，則依公用地役關係使用私有土地，而造成私有地所有權人無法使用之損失，參照同理亦應予以補償，始符社會公平正義，無違憲法保障人民私有財產權之意旨。

(三)再就行政院台六十九內字第二〇七二號函補充規定之內容論之 -

1. 該行政命令意旨：「日據時期既成道路仍依公用地役關係繼續使用乙節，乃係顧及地方財政困難，一時無法籌措鉅額補償，並非永久不予依法徵收」，亦即承認政府應該徵收補償私有既成道路，惟因地方政府「一時無法籌措鉅額補償費」而暫時可免徵收私有既成道路，換言之，即政府僅可因短時間財政上之考慮，而暫時延滯徵收私有既成道路，絕不能故意長期擱置不理，而佔私有土地所有權人之便宜。
2. 然而聲請人所有系爭土地經公眾通行使用已達六十餘年，聲請人等之切身權利深受影響，但是政府機關卻不思謀求補救之道，反一再藉財政困難而推託，設若地方政府財政困難持續，則聲請人等豈非如同永久將私有財產供政府免費使用，此種景況，與強奪人民財產何異？
3. 私有既成道路固然基於地方政府財政考量，暫予延緩辦理徵收補償之，惟亦應衡酌人民私有財產之保障，斷無漫漫無期延滯不予徵收補償之理，顯然有違憲法與法律保障人民私有財產權之宗旨，而以行政命令非法剝奪壓榨人民財產權，自有違背憲法之規定。

四、有關機關處理本案之主要文件：

- (一)臺灣省嘉義市政府八十一年十一月十九日「八一府工土字第五六九八六號」函影本乙份。（附件一）
- (二)臺灣省政府八十二年三月十五日「八二府訴一字第一五七三五四號」訴願決定書影本乙份。（附件二）

- (三)內政部八十二年七月二十三日「台(82)內訴字第八二〇二四一五號」再訴願決定書影本乙份。(附件三)
- (四)行政院八十二年度判字第二四七九號判決書影本乙份。(附件四)
- (五)系既成道路現狀照片影本乙份。(附件五)
- (六)系爭土地登記簿謄本影本乙份。(附件六)
- (七)學者葉百修著「從財產權保障觀點論公用徵收制度」第一七〇頁影本乙份。(附件七)

五、聲請解釋之目的：

土地法第十四條既已明文規定公共交通道路，不得私有，其已成私有者，得依法徵收之，則政府對私有既成道路自應予以徵收補償，始符法旨，但是政府卻以政策上之考量，衡酌政府財務狀況，以行政命令延緩對私有既成道路辦理徵收，強行聲請人等忍受私有財產權之侵害，長達數十年之久，而遙遙無期，顯與憲法保障人民私有財產權之宗旨牴觸，自難令聲請人甘服，而應予以廢止，以維聲請人憲法權益。

此 致

司法院

聲請人 吳〇月 吳〇輝 吳〇盈 吳〇櫻 吳〇鍾  
中 華 民 國 八 十 三 年 六 月 七 日

附件四：

行政院判決

八十二年度判字第二四七九號

原 告 吳〇月 (住略)  
吳〇輝 住同右  
吳〇盈 住同右  
吳〇櫻 住同右  
吳〇鍾 住同右  
被 告 嘉義市政府

上當事人間因土地徵收事件，原告不服內政部中華民國八十二年七月十三日，台(82)內訴字第八二〇二八一八號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

### 主 文

原告之訴駁回。

### 事 實

緣原告所有坐落嘉義市〇〇段六小段四二 - 一號土地，因供巷道使用六十餘年，原告請求被告辦理徵收補償，被告以 81.11.9 府工土字第五六九八六號函復該土地地目為道，現仍依公用地役關係繼續使用之道路甚多，因地方財源拮据，請俟經費寬裕或上級列有專案補助經費時，再行依法徵收並補償其地價云云。原告不服，提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨略謂：按土地法第十四條第一項第五款規定公共道路之土地不得私有，同條第二項規定，其已成私有者，得依法徵收之，是私有之交通道路土地應予徵收補償，法律定有明文，且係依憲法第十五條保護財產權之意旨而來，行政命令自不得與之牴觸，乃原處分及原決定竟以行政院六十七年七月十四日台內字第六三〇一號函及同院六十九內字第二〇七二號函為其否准原告請求徵收作為道路之嘉義市〇〇段六小段第四二之一地號土地之依據，顯有違誤。因：一、就具有公用地役關係之私有土地，政府應否予以補償言之：（一）、最高法院四十五年判字第八號、五十二年判字第三〇三號等判例：「私有土地具有公用地役關係時，土地所有人雖仍具有土地所有權，唯不得違反供公眾通行之目的而為使用」；行政院據該判例而以台內字第六三〇一號函規定：「日據時期之既成道路目前仍作道路使用，已登記為『道』地目者，仍依前項公用地役關係繼續使用」，觀諸判例及行政院函示，可得「公用地役關係之私有土地，不得違反公眾通行之目的」之結果而已，至於用地機關應否徵收？則未敘及，實際上，「公用地役」關係之存否，根本不能作為「應否徵收」之判斷標準，苟政府有意佔「土地已具公用地役關係」之便宜，拒絕補償公用私有土地，則如何維持「社會公平正義」？（二）、公用地役關係與「時效取得地上權」頗為類似，唯依現行實務見解，地上權人仍

需付費以補償土地所有人之損失。則用地機關即使有法律依據可以繼續使用私有土地，可以暫緩徵收，唯就「使用私有土地，而造成私有土地所有人損失部分」，斷無拒絕補償之理！亦即公用地役關係不得作為「拒絕補償」之理由。（三）、原告等並不反對系爭土地依公用地役關係繼續使用，亦無任何違反公眾交通使用目的之行為。惟基於社會公平原理、所有權能應予保護之原則請求用地機關就系爭土地因為供公眾使用，而無法正常收益之損失，予以適度賠償，請求之合理、合情、合法，無庸置疑！二、就行政院台六十九內字第二〇七二號函補充規定之內容言之：（一）、該函意旨：「日據時期既成道路仍依公用地役關係繼續使用一節，乃係顧及地方財政困難，一時無法籌措鉅額補償，並非永久不予依法徵收」，亦即用地機關僅可因「一時無法籌措鉅額補償費」而暫時免徵收公用地役土地，絕不能「永久」佔私有土地所有人之便宜。（二）、系爭土地經公眾通行使用已達六十餘年，而從被告將地目逕改為「道」起算，亦已二十餘年，以二十年之時間言之並非「一時」？原告等因切身權利久懸不決，而提出請求，被告、訴願、再訴願機關不思補救之道，卻一再藉該函示推託責任，企圖「永久不予徵收」之意甚明，被告假託該行政命令為藉口，達「永久免費使用私產」之目的，則與「搶奪」民財何異？該函令又與「惡法」有何不同？（三）、由各級政府作風觀之，「財政困難」是永遠存在藉口，蓋民意代表的出國考察費不能省、各級長官應酬、加給費用不能欠，偏偏人民稅收不能加，故永遠「喊窮」是政府機關統一的口號，果真如此，豈非坐容政府機關假藉「一時的財政困難」，永久「無償使用私有土地」？則原告等倒懸之苦，將永遠無法解決。三、原告等所請求補償之方式並非唯有「徵收補償」一途，可變通為「按期繳租」方式，或分次發放補償費等等。唯不論採何種方式，用地機關均需先編列預算，並明定最低徵收期限，以示對私有財產權之尊重，如果期限屆至，用地機關仍無法完成徵收時，即應比照土地法第二百十四條：「土地保留期限至多八年，逾期則保留失效」之規定，視同「公用地役關係終止」，由所有權人自由使用。否則，如一再任由用地機關以「財政困難」為託詞，而毫無限期的、無代價的使用私有土地，則非僅原告等難以甘服，相信所有良民百姓

均難苟同！為此狀請判決將原處分及一再訴願決定均予撤銷，依法徵收原告等坐落嘉義市00段六小段第四十二之一地號，面積一〇三平方公尺之土地並予補償，以維權益等語。

被告答辯意旨略謂：一、原告所有嘉義市00段六小段第四十二之一號地號土地自民國十九年間（即日據時代）即成為供公共通行道路，並經編為「太平街」及「安和街」，為嘉義市中心區都市計畫八公尺道路用地。且依嘉義市地政事務所之土地登記簿記載，該筆土地於民國六十三年九月二十四日業已更正地目為「道」，惟因被告財政短絀截至目前尚未予以徵收。蓋：（一）該土地自日據時代起即為既成道路，且於土地登記簿上已登記為「道」，現仍依公用地役關係繼續使用，依行政院台六十七內字第六三〇一號函意旨，並未列入本次第一期及第二期前三年公設地辦理徵收補償之範圍內。（二）依行政院台六十九內字第二〇七二號函之意旨，被告確實財政困難，無法籌措經費補償。（三）原告認為被告以財政困難為藉口而拒予徵收一節純為誤解，實則被告確實財政拮据，為配合中央政策進行市政建設，目前已舉債累累，茲提具八十二年度債務還本付息明細表作為佐證。（四）本年度被告概估嘉義市尚未徵收之八公尺寬以上道路面積約二十二公頃，所需徵購費用高達八十八億元（八十年公告現值），若再計入八公尺寬以下道路之徵購費用，將為一鉅大費用。若中央及省等上級機關未核撥專款補助，單憑本府之地方財源實無法支應。總之，本案既成道路私有地未予徵收，實因地方財源拮据，無法辦理所致，敬請判決駁回原告之訴等語。

#### 理 由

按公共交通道路之土地不得私有；其已成私有者，得依法徵收之，土地法第十四條第一項第五款及第二項固定有明文，惟既成道路內之私有土地應否辦理徵收補償？行政院曾以六十七年七月十四日台內字第六三〇一號函規定：政府依都市計畫主動辦理道路拓寬或打通工程施工後道路形態業已改變者，該道路範圍內之私有土地，除日據時期之既成道路目前仍作道路使用，且依土地登記簿登載，該土地於總登記時已登記為「道」地目者，仍依前項公用地役關係繼續使用外，其餘土地應一律辦理徵收補償。同院台六十九內字第二〇七二號函復補充

規定謂台六十七內字第六三〇一號函說明核釋日據時期既成道路仍依公用地役關係繼續使用一節，乃係顧及地方財政困難，一時無法籌措鉅額補償，並非永久不予依法徵收，依土地法第十四條：「公共交通道路土地不得私有 其已成為私有者，得依法徵收之」之原旨，作如下之補充規定：「今後地方政府如財政寬裕或所興築之道路，曾獲上級專案補助經費或依法徵收工程受益費、車輛通行費者，則對該道路內私有既成道路土地，應一律依法徵收補償。」是行政院上開函示規定，係就地方政府財政困難所為，且已宣示該項土地並非永久不予依法徵收，自難謂其與首開法條規定牴觸。本件原告所有坐落嘉義市〇〇段六小段四二 - 一地號土地，供巷道使用已六十餘年，原告等因而請求被告辦理徵收補償，被告以其財政拮据，無法辦理，因而否准原告等之請求，經查上開巷道雖係嘉義市中心區都市計畫八公尺道路用地，但非由被告依都市計畫主動辦理道路拓寬之巷道，且因政府財政困難，目前尚無徵收計畫，無法辦理徵收，被告並提出其八十二年度債務還本付息明細表為證，是原告等之上開土地之無收益雖屬實情，然被告無力辦理徵收既屬實在，則其依規定否准原告等之請求，即難謂其有何違誤，一再訴願決定遞予維持，均無不合，原告起訴論旨，非有理由。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段判決如主文。

中 華 民 國 八 十 二 年 十 一 月 四 日  
(本聲請書其餘附件略)

## 司法院釋字第四〇一號解釋

中華民國 85 年 4 月 26 日

院台大二字第 08376 號

### 解 釋 文

憲法第三十二條及第七十三條規定國民大會代表及立法委員言論及表決之免責權，係指國民大會代表在會議時所為之言論及表決，立法委員在立法院內所為之言論及表決，不受刑事訴追，亦不負民事賠償責任，除因違反其內部所訂自律之規則而受懲戒外，並不負行政責任之意。又罷免權乃人民參政權之一種，憲法第一百三十三條規定被選舉人得由原選舉區依法罷免之。則國民大會代表及立法委員因行使職權所為言論及表決，自應對其原選舉區之選舉人負政治上責任。從而國民大會代表及立法委員經國內選舉區選出者，其原選舉區選舉人得以國民大會代表及立法委員所為言論及表決不當為理由，依法罷免之，不受憲法第三十二條及第七十三條規定之限制。

### 解釋理由書

憲法第二十五條規定國民大會依本憲法之規定，代表全國國民行使政權。又憲法第六十二條規定立法院為國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權。二者均屬由人民直接選舉之代表或委員所組成之民意機關。憲法依民主憲政國家之通例，乃賦予國民大會代表及立法委員言論及表決之免責權，俾其能暢所欲言，充分表達民意，善盡監督政府之職責，並代表人民形成各該民意機關之決策，而無所瞻顧。憲法第三十二條規定國民大會代表在會議時所為之言論及表決，對會外不負責任；第七十三條規定立法委員在院內所為之言論及表決，對院外不負責任。其目的係為保障國民大會代表及立法委員不因其行使職權所為言論及決議而負民事上之損害賠償責任或受刑事上之訴追，除其言行違反內部所訂自律之規則而受懲戒外，並不負行政責任，此乃憲法保障國民大會代表及立法委員之言論及表決對外不負法律上責任。而憲法第一百三十三條規定被選舉人得由原選舉區依法罷免之，則係憲法基於直接民權之理念所設之制

度。依上述條文，國民大會代表及立法委員於就任一定期間後，選舉人得就其言行操守、議事態度、表決立場予以監督檢驗，用示對選舉人應負政治上責任。至提議罷免之理由，自無限制之必要。其由全國不分區及僑居國外國民產生之當選人，因無原選舉區可資歸屬，自無適用罷免規定之餘地。民國八十年八月二日修正公布之公職人員選舉罷免法第六十九條規定：「公職人員之罷免，得由原選舉區選舉人向選舉委員會提出罷免案。但就職未滿一年者，不得罷免。」「全國不分區、僑居國外國民選舉之當選人，不適用罷免之規定。」即係本上開意旨而制定。綜上所述，國民大會代表及立法委員經國內選舉區選出者，其原選舉區選舉人認為國民大會代表及立法委員所為言論及表決不當者，得依法罷免之，不受憲法第三十二條、第七十三條規定之限制。

大法官會議 主 席 施啟揚  
大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 城仲模  
孫森焱 陳計男 曾華松 董翔飛  
楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

抄廖〇林等五十四人聲請書

受文者：司法院

壹、聲請解釋憲法之目的

我國憲法第三十二條、第七十三條規定，民意代表有言論及表決之免責權，依學者通說，前開之免責權係針對司法權之設計，所謂「對外不負責任」，是指不負司法上之責任，並非可擴張、引申為不負「政治責任」。

再衡諸憲法第十七條明列罷免權係人民參政權之一，憲法第一百三十三條更以明文規定：「被選舉人得由原選舉區依法罷免之。」蓋「選舉」與「罷免」為相對之制度設計，憲法既已明列人民具罷免權，自為民意代表「言論及表決之免責權」非可不負「政治責任」，甚至，更難謂得以「言論及表決之免責權」為

由，限制人民罷免權！故為保障人民基本權利、維持民主憲政秩序，特提本案，冀大法官會議明確解釋下列兩端問題：

- 一、憲法第三十二條、第七十三條所規定之民意代表言論及表決免責權是否包含「政治責任」之免責？
- 二、得否以民意代表言論及表決免責權為由，限制人民罷免權？以俾本院審查公職人員選舉罷免法部分條文修正草案，得以適從遵行，且能建立民主政治、憲政秩序之千秋基石。

#### 貳、疑義性質及經過

立法院為行使職權，適用憲法發生疑義之事項，說明如后：

- 一、本院委員於審查公職人員選舉罷免法部分條文修正草案之際，對憲法第三十二條、第七十三條所規定之民意代表言論及表決免責權是否包含「政治責任」之免責，以及能否以此免責權限制人民罷免權之行使，發生疑義。（見附件一）
- 二、爰而依司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款規定：「依立法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，適用憲法發生疑義」聲請大法官會議解釋。

#### 參、聲請解釋之理由及對本案所持之見解

- 一、我國憲法第三十二條、第七十三條規定民意代表（國會議員）具表決及言論之免責權，按學者通說，此免責權係針對司法權之設計，指民意代表在院內所為之表決及言論，對外不負司法上之責任。（附件二）衡諸書牘，並無學者或學說以為前開免責權得包含民意代表言論及表決得不負「政治責任」。
- 二、憲法第十七條明列人民參政權臚置「罷免權」，憲法第一百三十三條更加以明文規定：「被選舉人得由原選舉區依法罷免之。」

蓋選舉與罷免係憲法上相對之制度設計，係為使民意代表善盡選民所託，負其政治責任。依憲法解釋之論理解釋而言，憲法第十七條、第一百三十二條明文列示選舉權及罷免權之行使，自謂憲法第三十二條、第七十三條之民意代表言論及表決免責權不能免除其政治責任，更難謂得以言論及表

決免責權為由，限制人民之罷免權。

- 三、再者，憲法第二十三條規定，人民基本權利「除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」，人民罷免權為憲法明文明示保障之基本權利，其限制自須符合憲法第二十三條之要件，遽以民意代表言論及表決免責權輕易限制人民罷免權，與上述要件並不合致，自為違憲，不當侵害人民基本權利。
- 四、是以，茲等爰以提案聲請大法官會議解釋，以期保障人民基本權利之參政權，以及落實憲政制度及民主政治。

#### 肆、關係文件之名稱及件數

- 一、立法院本會期報到委員名單及人數乙件。
- 二、本聲請案立法委員聲請連署書乙份。
- 三、附件。明列如后：

附件一： 附件一之一．立法院議案關係文書院總第一〇四四號委員提案第一〇五六號（請見其提案修正條文第六十九條第三項）。

附件一之二．立法院第二屆第四會期第八次紀錄（請見第三十五頁至四十一頁部分）。

附件二： 附件二之一．《罷免的制度意義與社會意涵》顏厥安（中國時報八十三年十月二日第十一版）。

附件二之二．《中華民國憲法論》陳水逢（民國七十一年十月）第六二八頁至第六二九頁部分文字節錄。

附件二之三．《中華民國憲法草案說明書》立法院（民國二十九年）第七十二條說明及註解。

【引用自七十年五月文海出版社重印之發行本】由該說明及註解可知，立委言論及表決免責權係免於司法上之責任而言。

附件二之四．《中華民國憲法論》（上冊）耿雲卿（民國七十一年五月）第一七五頁部分文字節錄。

附件二之五：《中國憲法及政府》張治安（民國八十一年九月）第三三三頁部分文字節錄。

附件二之六：聯合晚報八十三年十月六日第二版《學者看法：反罷免，逃避政治責任》剪報。

附件二之七：台灣時報八十三年十月七日第二版，社論。《立委言論免責權與選民罷免權》

聲請人：廖大林 施明德 蔡同榮 張旭成 陳哲男 林濁水  
 翁金珠 蘇煥智 邱垂真 蔡式淵 賴英芳 柯建銘  
 李進勇 張俊宏 周伯倫 林正杰 謝聰敏 余玲雅  
 尤 宏 蘇嘉全 趙綉娃 謝長廷 陳光復 劉文慶  
 陳水扁 黃煌雄 邱連輝 許國泰 侯海熊 呂秀蓮  
 陳昭南 戴振耀 洪奇昌 魏耀乾 姚嘉文 許添財  
 彭百顯 黃爾璇 林瑞卿 黃昭輝 方來進 廖永來  
 顏錦福 沈富雄 葉耀鵬 林光華 陳婉真 葉菊蘭  
 盧修一 葉憲修 蔡貴聰 陳定南 朱星羽 黃信介

中 華 民 國 八 十 三 年 十 月 八 日  
 （本聲請書附件略）

## 司法院釋字第四〇二號解釋

中華民國 85 年 5 月 10 日

院台大二字第 09265 號

### 解 釋 文

對人民違反行政法上義務之行為予以裁罰性之行政處分，涉及人民權利之限制，其處分之構成要件與法律效果，應由法律定之，法律雖得授權以命令為補充規定，惟授權之目的、範圍及內容必須具體明確，然後據以發布命令，方符憲法第二十三條之意旨。保險法第一百七十七條規定：「代理人、經紀人、公證人及保險業務員管理規則，由財政部另訂之」，主管機關固得依此訂定法規命令，對該等從業人員之行為為必要之規範，惟保險法並未就上述人員違反義務應予處罰之構成要件與法律效果為具體明確之授權，則其依據上開法條訂定發布之保險代理人經紀人公證人管理規則第四十八條第一項第十一款，對於保險代理人、經紀人及公證人等從業人員違反義務之行為，訂定得予裁罰性之行政處分，顯與首開憲法保障人民權利之意旨不符，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。

### 解釋理由書

對於人民違反行政法上義務之行為予以裁罰性之行政處分，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及法律效果，應由法律定之，方符憲法第二十三條之意旨。故法律授權訂定命令，如涉及限制人民之自由權利時，其授權之目的、範圍及內容須符合具體明確之要件；若法律僅為概括之授權者，固應就該項法律整體所表現之關連意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字，惟依此種概括授權所訂定之命令，祇能就母法有關之細節性及技術性事項加以規定，尚不得超越法律授權之外，逕行訂定裁罰性之行政處分條款，迭經本院解釋有案。

保險法第一百七十七條規定：「代理人、經紀人、公證人及保險業務員管理規則，由財政部另訂之」，主管機關固得依此訂定法規命令，對保險業代理人、經紀人及公證人等相關從業人員之行為為必要之規範，惟對上述人員違反義務之行為，除已於同法第一百六十七條

之一明定罰則外，上開授權法條並未就其應予處罰之構成要件與法律效果為具體明確之規定。財政部於中華民國八十二年十一月四日依據上開授權法條修正發布之保險代理人經紀人公證人管理規則第四十八條第一項第十一款規定：代理人、經紀人或公證人違反財政部命令或核定之保險業務規章者，除法令另有規定外，財政部得按其情節輕重，予以警告、一個月以上三年以下之停止執行業務或撤銷其執業證書之處分，雖係財政部基於公共利益之考量所為之規定，惟各該警告、停止執行業務或撤銷其執業證書之處分，均屬裁罰性行政處分之一種，已涉及人民權利之限制，本應以法律或法律具體明確授權之法規命令為依據，方符憲法保障人民權利之意旨。上開管理規則第四十八條第一項第十一款於超越法律授權之外，逕行訂定對上述從業人員裁罰性行政處分之構成要件及法律效果，顯與憲法保障人民權利之意旨不符。爰審酌各該規定之必要性及修改法律所需時間，上開管理規則第四十八條第一項第十一款應自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。又該管理規則涉及限制人民權利之其他裁罰性行政處分，亦應從速一併檢討修正。

大法官會議 主席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
 王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
 城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
 董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

抄中 0 保險經紀人股份有限公司代表人葉 0 飛聲請書

為行政院八十三年度判字第二一七七號判決所適用財政部訂定發布「保險代理人、經紀人、公證人管理規則」及「保險業務員管理規則」，牴觸憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨，依據司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請解釋：

一、聲請解釋之目的：

行政院八十三年度判字第二一七七號判決所適用財政部頒布之「保險代理人經紀人公證人管理規則」第四十八條第一項第十、

十一款及「保險業務員管理規則」第三條之規定，發生有牴觸憲法第十五條及第二十三條之疑義，聲請解釋憲法，並賜准解釋如下：

1. 財政部訂定發布之保險代理人經紀人公證人管理規則第四十八條之規定，牴觸憲法第二十三條及第十五條之規定，應屬無效。
2. 財政部訂定發布之保險業務員管理規則第三條及第五條之規定，牴觸憲法第十五條之規定，應屬無效。
3. 本件解釋應有拘束行政法院八十三年度判字第二一七七號判決之效力，聲請人得依行政訴訟法關於再審之規定聲請再審，以資救濟。

## 二、事實經過：

1. 財政部於八十一年十月十五日台財保第八一一七六四六三九號令發布保險業務員管理規則，其第廿四條規定本規則自發布後六個月施行。聲請人因所聘之業務員未具登錄資格，於八十二年六月二十五日經財政部依違反保險業務員管理規則第三條之規定，遭財政部以保險代理人經紀人公證人管理規則第四十八條第一項第十一款警告處分，聲請人不服，乃依序向財政部、行政院、行政法院提起訴願、再訴願及行政訴訟，惟均被以上揭管理規則規定與中央法規標準法及憲法之規定無違駁回。
2. 有關本案爭議訴訟詳情，請調閱本案全部訴願、訴訟資料卷宗便明白。

## 三、對本案所持之見解：

1. 查憲法第十五條規定：人民之生存權、工作權及財產權，應予保障，依憲法第二十三條之規定，國家對於人民之自由及權利有所限制，應以法律定之。而保險法第八條之一僅規定保險業務員，指為保險業、保險經紀人公司、保險代理人公司，從事保險招攬之人，並未就其業務員之資格條件限制有所規定，亦未就其上揭事項及內容範圍，具體明確授權由業務員管理規則規範（司法院釋字第三一三、三六〇號解釋文參照）。財政部竟於該管理規則第五條規定：年滿二十歲，具有國中以上學校畢業或同等學歷者，應經由所屬公司向財政部指定之各有關公

會報名，參加其舉辦之業務員資格測驗。第三條規定：業務員非依本規則辦理登錄，領得登錄證，不得為其所屬保險業、保險代理人公司、保險經紀人公司招攬保險。限制人民之工作權，顯已違反憲法第二十三條之規定，參諸土地法第三十七條之一第二項規定土地登記專業代理人資格之取得，律師法第一條規定律師資格之取得，會計師法第一條規定會計師資格之取得，醫師法第一條規定醫師資格之取得、藥師法第一條規定藥師資格之取得，獸醫師法第一條規定獸醫師資格之取得，助產士法第一條規定助產士資格之取得，營養師法第一條規定營養師資格之取得，建築師法第一條規定建築師資格之取得，技師法第一條規定技師資格之取得，保險法第一百六十三條規定保險代理人、經紀人、公證人執業之許可與限制，無一不是由法律規定限制人民之工作權。行政法院引用業務員管理規則判決本案，已違背憲法第二十三條之規定。又「保險代理人、經紀人、公證人管理規則」第四十八條至第五十一條之處罰規定，亦未經保險法授權而訂定，保險法本身亦未有明確之規定。然對於人民違反行政法上義務之行為之處罰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，自應由法律定之，若法律就其構成要件授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體而明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨，參諸司法院大法官會議釋字第三一三號解釋文自明。是行政法院判決本案所引用財政部訂頒之「保險代理人、經紀人、公證人管理規則」第四十八條之規定，已違背憲法第二十三條之規定。

此 致

司法院

所附關係文件之名稱及件數

- 一、財政部台財訴第八二〇三〇九八二〇號訴願決定書影本乙份。
- 二、行政院台八十三訴字第二四二〇六號再訴願決定書影本乙份。
- 三、行政法院八十三年度判字第二一七七號判決書影本乙份。
- 四、訴願書影本乙份。

五、再訴願書影本乙份。

六、行政訴訟起訴狀影本乙份。

中華民國八十三年十一月十四日

聲請人 中〇保險經紀人股份有限公司

代表人 葉〇飛

附件三：

行政法院判決

八十三年度判字第二一七七號

原告 中〇保險經紀人股份有限公司

(住略)

代表人 葉〇飛

被告 財政部

上當事人間因保險法事件，原告不服行政院中華民國八十三年六月二十四日台八十三訴字第二四二〇六號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告係經營保險經紀人業務，被告以其有：(一)以全民保險轉存業務等為誇大不實之廣告及宣傳，違反行為時保險代理人、經紀人、公證人管理規則第三十四條規定。(二)聘用未具登錄資格之業務員招攬業務，違反保險業務員管理規則第三條規定等情事，乃依行為時保險代理人經紀人公證人管理規則第四十八條第一項第十款、第十一款規定，於八十二年六月二十五日以台財保字第八二一七二四九五三號函予以警告處分外，就違反保險業務員管理規則第三條部分，所聘之業務員應取得登錄資格後方能招攬業務，並限於文到七日內改善具報。原告就其聘用未具登錄資格之業務員招攬業務部分不服，提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨如次：原告起訴意旨及補充理由略謂：一、按再訴願決定謂：「至該部八十一年十月十五日台財保字第八一一七六四六三九號令訂定發布之保險業務員管理規則，係依據保險法第一百七十七條規定之授權訂

定，非無法據。而其規範之對象，依該管理規則第二條規定，則為保險法第八條之一規定之保險業務員，所訴保險業務員管理規則顯已牴觸保險法，尚有誤解 云云」。惟查保險法僅規定保險業務員指為保險業、保險經紀人公司、保險代理人公司，從事保險招攬之人，並未就其業務員之資格限制及其構成要件有所規定，亦未就上揭事實及內容範圍，具體明確授權由業務員管理規則規範。又「保險代理人經紀人公證人管理規則」第四十八條之處罰規定，亦未經保險法授權而訂定，保險法本身亦未有明確規定。然對於人民違反行政法上義務之行為之處罰涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，自應由法律定之，若法律就其構成要件授權以命令為補充規定者，授權之內容，及範圍應具體而明確然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。參諸司法院釋字第三一三號及第二七四、二七六、二八九號解釋文自明。被告令訂限制業務員應通過測驗合格領得登錄證始得招攬業務之工作權，顯已違反中央法規標準法第五條左列事項應以法律定之，第二項關於人民之權利義務者之規定，被告明知制訂關於人民權利義務之事項，應依上揭之規定，由立法院立法通過之法律行之，乃不經由立法程序制定解決，毫無視中央法規標準法之存在，以行政命令訂定違憲及違法之保險業務員管理規則及保險代理人、經紀人、公證人管理規則之處罰規定，限制人民取得工作權而處分原告，難令甘服。苟如再訴願決定機關謂：「次查保險業務員管理規則第三條規定之立法意旨，在保護大眾權益，提昇保險形象、健全保險業務發展 應與憲法尚無牴觸云云」。其中該規則限制人民須具有國中畢業以上學歷、及年滿二十歲之人，始可參加測驗，及格後取得登錄資格而非經立法院依立法程序立法完成即可實施，則憲法保障人民之工作權，及中央法規標準法第五條之特別規定將形同具文，至被告援引司法院釋字第二二二號、第一九一號解釋作為保險業務員管理規則並未違法之論據，核不足採。二、綜上所陳，被告以無效之「保險業務員管理規則」及「保險代理人經紀人公證人管理規則」之處罰規定處分原告，而訴願及再訴願決定予以維持，其認事用法難謂其無違誤，敬祈鈞院明鑒、賜予判決將再訴願決定、訴願決定及原處分撤銷等語。



## 理 由

按代理人、經紀人、公證人及保險業務員管理規則係財政部依保險法第一百七十七條訂定發布，保險業務員管理規則第三條第一項訂定：

「業務員非依本規則辦理登錄，領得登錄證，不得為其所屬保險業、保險代理公司、保險經紀人公司招攬保險」，其用意自在保障大眾權益，提昇保險形象，健全保險業務，發展保險業務，核其內容，尚與憲法第十五條、第二十三條，中央法規標準法第五條、第十一條之規定不相牴觸。本件原告因聘用未具登錄資格之業務員招攬業務，被告於八十二年六月二十五日以台財保字第八二一七二四九五三號函通知原告所聘之業務員應取得登錄資格後方能招攬業務，並限於七日內改善具報。原告不服，循序提起行政訴訟，主張被告所訂之保險業務員管理規則，就保險業務員之登錄有資格之限制，違反憲法及中央法規標準法，被告據該規則對原告處罰，顯有違誤，一再訴願決定遞予維持，均有未合云云。經查保險法第八條之一規定：「本法所稱保險業務員，指為保險業、保險經紀人公司、保險代理人公司從事保險招攬之人」，其第九條規定：「本法所稱保險經紀人，指基於被保險人之利益，代向保險人洽訂保險契約，而向承保之保險業收取佣金之人，是保險業務員乃從事保險招攬之業務，保險經紀人如為公司組織，依保險代理人經紀人公證人管理規則第十五條第一項規定，應聘用具有合格之經紀人執行業務，並另聘用業務員輔助其招攬業務，殊為明確。保險法既授權被告財政部訂頒代理人經紀人公證人及保險業務員管理規則，財政部遂依法分別訂頒，雖其於保險業務員規則內對保險業務員有資格之限制，尚難謂其違反中央法規標準法及憲法之規定，原處分依上開規則對原告所為之處分，尚非無據，原告訴稱其處分違法，核無可採，從而本件原處分關於原告聘用未具登錄資格之業務員招攬業務部分，揆諸首開法條規定及說明，並無違誤，一再訴願決定遞予維持，均無不合，原告起訴論旨，難認其有理由。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段判決如主文。

中 華 民 國 八 十 三 年 十 月 十 三 日  
(本聲請書其餘附件略)

## 司法院釋字第四〇三號解釋

中華民國 85 年 5 月 24 日

院台大二字第 10295 號

### 解 釋 文

民事強制執行須依執行名義為之。強制執执行程序開始後，除法律另有規定外，不停止執行，強制執行法第四條第一項、第十八條第一項定有明文。同法第十八條第二項規定，於一定情形下，法院因債務人聲請，定相當並確實之擔保，得為停止強制執行之裁定，債務人本此裁定所供擔保，係以擔保債權人因債務人聲請停止強制執行不當可能遭受之損害得獲賠償為目的，已兼顧債權人與債務人之權益，並非增加債務人之額外負擔，此與債權人聲請民事強制執行須依執行名義為之有所不同，與憲法第七條規定，尚無抵觸。

### 解釋理由書

強制執行須依執行名義為之。強制執执行程序開始後，除法律另有規定外，不停止執行，必至執行名義實現而後已。此觀強制執行法第四條、第十八條第一項規定自明。惟於債務人有回復原狀之聲請，或提起再審或異議之訴，或對於和解為繼續審判之請求，或提起宣告調解無效之訴、撤銷調解之訴，或對於第四條第一項第五款之裁定提起抗告時，一方面為避免債務人因繼續強制執行而有受害之虞；一方面為確保債權人因債務人聲請停止強制執行不當可能遭受之損害得獲賠償，強制執行法第十八條第二項乃規定法院因必要情形或依債務人之聲請定相當並確實之擔保，得為停止強制執行之裁定，以兼顧債權人與債務人雙方之權益。此項擔保之提供，既非擔保債務人所負之原債務得予履行，自未增加債務人額外之負擔。至於債權人聲請民事強制執行須依執行名義為之，此與法院因債務人聲請定相當並確實之擔保裁定准予停止強制執行較之，一為債權人本於執行名義聲請強制執行，一為債務人主張有停止強制執行之原因而命供擔保，二者主張之原因事實不同，難謂與憲法第七條規定有違。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

### 協同意見書 大法官 林永謀

憲法第七條規定「中華民國人民 在法律上一律平等」之此一平等原則，既係基本權利之一種，則「行政」「司法」「考試」「監察」不論矣，即就「立法權」而言，當然亦應受其拘束；而此所謂之平等權，雖與甚多公平、正義理念下所形成之原則，共同成為法治國家之基礎，然公平、正義並非徹底性的平等，而係修正性的平等（Korrigierte Gleichheit），亦即平等原則應在憲法之中作為公平、正義要素之一予以理解；且其本身並亦有促使公平、正義實現之義務存焉。故法律在某特定情況下，對某人規定為某種之處置，其於相同可比較之情況下，若對他人之規定為不同之處置者，即屬不公平。反之，其於非屬相同之情況而規定為不同之處置時，既無所謂不公平，自亦無「不平等」之可言。

平等原則係對不公正之差別待遇之概括性防衛權，亦即以所有人民應予同等待遇為其基本之原則。憲法第七條乃以「人」作為平等與否之判定標準，只須其為中華民國人民，則在同一情況下即應受相同之無差別待遇，亦因其如此，所謂「平等原則」係要求「比例性平等」，而允許不同、特殊情況之考量，即在立法上對於特殊、不同之情況，允許法規作相異之差別規範。因是某法規就某一事項為與其他不同之差別規範時，倘經為憲法上之評價，而足認其係本乎公平、正義之理念，應為憲法價值判斷上所容許者，即不得僅因差別規範之乙端，遂指其為不平等。準此，「平等」係屬原則，其於不同情況而為不同之考量，非特為憲法所允許，且亦係事實上所必要，而其如此不同待遇，並亦為憲法所要求；蓋對於不同者應依其特性為不同處理之此一要求，目的即在避免不公平之結果。法秩序之本質固不宜過分強調各人間之事實上差異，但若完全忽視其間之不同，要亦非法的理念所應有。是對於不同情形在立法上為不同之規範，即是平等原則之實

現，並亦為平等權之必要內涵。

強制執行須依執行名義為之，即其必須先有執行名義，於後始得為強制執行；而執行名義，無論其為終局判決或假扣押、假處分、假執行之裁判，抑或和解筆錄、調解筆錄及公證書等等，均須依據法定程序方能取得，並須經執行法院為形式上及實質上之審查，認其無不合法之情形，且其據以執行之執行名義確屬存在者，始能開始強制執行。是以強制執程序開始後，除法律另有規定外，自不停止執行（強制執行法第十八條第一項），以期迅速終結，俾免遲延之流弊，亦即其係以不停止執行為原則，除非有例外之規定，否則，法院不得擅自停止執行；惟於債務人有回復原狀之聲請，或提起再審或異議之訴，或對於和解為繼續審判之請求，或提起宣告調解無效之訴，或撤銷調解之訴，或對於強制執行法第四條第一項第五款之裁定提起抗告時，為調和債務人與債權人間因繼續執行或停止強制執行各自可能遭受之損害，同法第十八條第二項乃規定法院因必要情形或依債務人之聲請定相當並確實之擔保得為停止強制執行之裁定，以資兼顧。茲此項擔保之提供，係在強制執程序開始之後，且係為保護債務人（或第三人）之利益起見，而為停止強制執行之裁定，此與依據執行名義而為強制執行之情況迥不相侔，自不得將兩者相提併論，因是強制執行法關於依據執行名義為強制執行，未有債權人於執行名義之外亦須另行提供擔保之規定，自與憲法第七條無所謂違背。

本號解釋就憲法第七條所規定之平等原則暨平等權之涵義未加闡示，而本院釋字第二一一號解釋文又非可完全援用於此，因提協同意見書如上。

#### 抄秦司〇桂聲請書

主 旨：為台灣桃園地方法院八十三年五月三日八十三年度聲字第二三二號民事裁定之確定終局裁判所適用之法律，即強制執行法第十八條第二項規定關於「法院依聲請定相當確實之擔保，得為停止強制執行」，發生有牴觸憲法第七條凡我國人民在法律上一律平等之規定致人民於憲法上所保障之權利遭

受侵害之疑義，聲請解釋藉以保障人民權利事。

說明：

- 一、按凡為我國人民，在法律上一律平等，法律與憲法牴觸者無效，既分別為憲法第七條及第一七一條所明定。則強制執行法第十八條第二項關於抵押人對法院許可拍賣抵押物裁定主張有不得執行之事由提起訴訟時，法院依聲請定相當確實之擔保得為停止執行之裁定之規定，衡量其同為裁定程序之法院許可拍賣抵押物裁定，以無須抵押權人提供相當確實之擔保之情形，與之抵押人主張許可拍賣抵押物裁定有不得執行之事由提起訴訟，以舉輕明重之法理，遠較裁定程序為重，聲請停止執行卻須提供相當擔保之情形，相較之下可見該規定只偏重於抵押權人之債權雙重保全（即以抵押物加上相當確實擔保），而漠視防止抵押人權利遭受侵害之保障，非但違反上述舉輕明重之法理，且亦在法律上實質平等地位頗有差別懸殊，其規定甚難認無牴觸上開憲法而有效。
- 二、惟台灣桃園地方法院八十三年五月三日八十三年度聲字第二三二號民事裁定之終局確定裁判（雖該裁定書載明本裁定得為抗告，但依法即不得抗告而告確定），即依此強制執行法第十八條第二項規定而為：「聲請人供擔保新台幣二百六十萬元後，本院八十三年民執五字第一五四七號執行事件之強制執行程序於本院八十三年訴字第二七〇號塗銷抵押權事件判決確定、和解撤回起訴前應暫予停止」之裁定，其裁判所適用之上開法律有牴觸憲法之疑義，致憲法所保障之人民權利遭受侵害情形已如前述，爰檢證聲請賜予解釋。

附件：台灣桃園地方法院民事裁定（影本）乙份。

聲請人：秦司〇桂

代理人：朱〇德

中華民國八十三年八月二十日

附件：

臺灣桃園地方法院民事裁定

八十三年度聲字第二三二號

聲請人 秦司〇桂（住略）

代理人 秦〇佩（住略）

相對人 趙蔡〇雯（住略）

上當事人間聲請停止強制執行事件，本院裁定如下：

### 主 文

聲請人供擔保新台幣貳佰陸拾萬元後，本院八十三年民執五字第一五四七號執行事件之強制執程序，於本院八十三年訴字第二七〇號塗銷抵押權事件判決確定、和解撤回起訴前應暫予停止。

### 理 由

- 一、按抵押權人聲請拍賣抵押物，經法院為許可強制執行之裁定而據以聲請強制執行，抵押人對該裁定提起抗告時，法院得依強制執行法第十八條第二項為停止強制執行之裁定，抵押人如以該裁定成立實體上之事由主張該裁定不得為執行名義而提起訴訟時，其情形較裁定程序為重，依「舉輕明重」之法理，參考公證法第十一條第三項及非訟事件法第一百零一條第二項規定，並兼顧抵押人之利益，則抵押人亦得依強制執行法第十八條第二項規定聲請為停止強制執行之裁定，司法院大法官會議釋字第一八二號解釋及理由書可茲參照。
- 二、本件聲請人以其經向本院提起塗銷抵押權之訴為理由，聲請裁定停止八十三年民執五字第一五四七號執行事件之強制執行。
- 三、本院調取該執行卷宗及八十三年訴字第二七〇號塗銷抵押權之訴卷宗審究後，認為聲請人之聲請為有理由，應予准許。爰依強制執行法第十八條第二項裁定如主文。

中 華 民 國 八 十 三 年 五 月 三 日

## 司法院釋字第四〇四號解釋

中華民國 85 年 5 月 24 日

院台大二字第 10296 號

### 解 釋 文

憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。惟人民之工作與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制，此觀憲法第二十三條規定自明。醫師法為強化專業分工、保障病人權益及增進國民健康，使不同醫術領域之醫師提供專精之醫療服務，將醫師區分為醫師、中醫師及牙醫師。醫療法第四十一條規定醫療機構之負責醫師應督導所屬醫事人員依各該醫事專門職業法規規定執行業務，均屬增進公共利益所必要。中醫師之醫療行為應依中國傳統之醫術為之，若中醫師以「限醫師指示使用」之西藥製劑或西藥成藥處方，為人治病，顯非以中國傳統醫術為醫療方法，有違醫師專業分類之原則及病人對中醫師之信賴。行政院衛生署七十一年三月十八日衛署醫字第三七〇一六七號函釋：「三、中醫師如使用『限醫師指示使用』之西藥製劑，核為醫師業務上之不正當行為，應依醫師法第二十五條規定論處。四、西藥成藥依藥物藥商管理法之規定，其不待醫師指示，即可供治療疾病。故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍。」要在闡釋中醫師之業務範圍，符合醫師法及醫療法之立法意旨，與憲法保障工作權之規定，尚無牴觸。

### 解釋理由書

憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。惟人民之工作與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制，為憲法第二十三條所明定。醫師執行醫療業務，以維護病人之生命、身體、健康為目的，醫師法為強化專業分工、保障病人權益及增進國民健康，使不同醫術領域之醫師提供

其專精之醫療服務，將醫師區分為醫師、中醫師及牙醫師，其資格之取得要件各有不同。醫療法第四十一條亦規定醫療機構之負責醫師應督導所屬醫事人員依各該醫事專門職業法規規定執行業務，均屬增進公共利益所必要。中醫師執行業務，自應依中國傳統醫術，為病人診治，以符病人信賴。倘中醫師兼具醫師資格，為診治疾病需要，併用醫學及中國傳統醫學之醫療方法，為病人診斷及處方者，既在各該專業範圍，自為業務上之正當行為。此觀醫師法第三條第一項第二款後段規定醫學系科畢業，並修習中醫必要學科者，得應中醫師檢覈，是同一人得兼具醫師及中醫師雙重資格，法意至明。除此情形外，中醫師若以「限醫師指示使用」之西藥製劑或西藥成藥處方，為人治病，即違背醫師專業分類之原則及病人對中醫師基於傳統醫術診治疾病之信賴。縱中醫師兼具藥師資格，亦同。藥師業務依藥師法第十五條第一項規定為「一、藥品販賣或管理。二、藥品調劑。三、藥品鑑定。四、藥品製造之監製。五、藥品儲藏、供應與分裝之監督。六、含藥化粧品製造之監製。七、依法律應由藥師執行之業務。」準此，藥師不得自行調劑藥品為病人診治。至於西藥製劑「限醫師指示使用」者，所稱「醫師」不包括中醫師，自非中醫師於處方上所得指示使用。又所謂成藥，依藥事法第九條規定，係指原料藥經加工調製，不用其原名稱，其摻入之麻醉藥品、毒劇藥品不超過中央衛生主管機關所規定之限量，作用緩和，無積蓄性，耐久儲存，使用簡便，並明示其效能、用量、用法、標明成藥許可證字號，其使用不待醫師指示，即供治療疾病之用之藥品。中醫師如以西藥成藥處方為病人治療疾病，顯非以擅長之傳統醫術施醫。行政院衛生署七十一年三月十八日衛署醫字第三七〇一六七號函釋：「三、中醫師如使用『限醫師指示使用』之西藥製劑，核為醫師業務上之不正當行為，應依醫師法第二十五條規定論處。四、西藥成藥依藥物藥商管理法（已修正為藥事法）之規定，其不待醫師指示，即可供治療疾病。故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍。」要在闡釋中醫師之業務範圍，符合醫師法及醫療法之立法意旨，與憲法保障工作權之規定，尚無牴觸。

大法官會議 主席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
 王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
 城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
 董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

## 不同意見書 大法官 吳 庚

### 一、

對於憲法所保障之各種基本權利，本席一向主張，釋憲機關在受理聲請案件，作成解釋時，應對相關權利之本質及內容給予適當之詮釋，並建構明確之保障範圍（Schutzbereich），俾彌補憲法第二章第九條以次關於人民權利之各條規定，過分化約之不足（參照釋字第三六八號協同意見書）。

工作權之性質係本件解釋首須界定之前提，在西洋思想史上首創工作權（Recht auf Arbeit）者乃德意志唯心論哲學家費希特（Johann G.Fichte, 1762-1814），其年代為一七九六年，較法國早期之所謂烏托邦社會主義者為先。費氏主張：「每個人於進入國家生活之際，必須明白選擇一種職業，同時並成為特定階級，否則根本不能視為國民一切工作之目的即在於維持生存，並須共同保證，使每個人之工作皆可達到此一目的」（註一），自此之後強調工作與生存成為各種社會主義流派之共同特徵，費希特亦因提倡工作權與生存權以及其他相關理論，而被稱為德意志第一位社會主義者（註二）。我國民初以迄現行憲法制定之際，社會主義、集體主義思潮瀰漫國中，五五憲草第十七條原僅定有保障財產權之文字，於制憲國民大會第一審查委員會審查時增加工作權、生存權，使二者與財產權並列為保障之對象，其理由為：「經討論時咸以為人民之財產權，固應保障，然對於無產階級之生存權及工作權亦應加以保障，否則僅保障有財產者之財產，實屬有違民生主義之精神」云云（註三）。受此背景影響，將憲法第十五條工作權視為純粹之受益權並解釋為：人民於失業之際，請求國家予以適當就業機會，以維持其生存之權利，甚至將同條之財產權立憲主義竭力保障之一項個人自由權亦與工作權等量齊觀視為達到生存權之手段，上述見解且浸假成為優勢之學說（註四）。實則將工

作權作如此解釋誠屬捨近求遠，不切實際，若國家對人民現有之職業工作尚且不能盡其保障義務，遑論請求國家給予適當工作乎？捨工作之保障而不論，倡言應積極的提供工作，如縱未步上極權體制之後塵，不顧人民意願分派工作並強迫就業，亦何異於五十步之笑百步也。故本席認為工作權之保障範圍應為：（一）凡人民作為生活職業之正當工作，均受國家之保障，且屬工作權之核心部分。（二）人民有選擇工作及職業之自由，國家不得違背個人意願強迫其就業或工作。（三）取得各種職業資格者，其職業活動範圍及工作方法之選擇，亦受憲法之保障，法律或各該職業之自治規章雖得加以規範，但均不應逾越必要程度。從而，憲法第十五條工作權之保障與德國基本法所保障之職業自由，不僅概念上有間，其本質內容亦不盡相同，則該國聯邦憲法法院裁判先例所建立之三階段理論（Drei-Stufen-Theorie）（註五），即非所能全盤接受。至於人民之具有工作能力者，國家應給予適當工作機會，憲法第一百五十二條已定有明文，若將第十五條工作權保障作相同解釋，憲法第一百五十二條豈非重複規定而成為贅文。

## 二、

本件聲請人係中醫師，因交付病人西藥成藥使用，而遭衛生主管機關以違反醫師法第二十五條為由處予停業處分。查醫師法第二十五條之文字為：「醫師於業務上如有違法或不正當行為，得處一個月以上一年以下停業處分或撤銷其執業執照。」所謂違法當然係指醫師業務上行為違反法律而言，至於不正當行為則委由主管機關就具體情形予以判斷。從醫師法區分醫師（西醫）與中醫師之立法意旨而觀，中醫師診治病人自應以使用受認可之中國傳統醫術始屬正當，捨此之外，即作為解釋對象之行政院衛生署七十一年三月十八日衛署醫字第三七〇一六七號函釋所稱：「三、中醫師如使用『限醫師指示使用』之西藥製劑，核為醫師業務上之不正當行為，應依醫師法第二十五條規定論處；四、西藥成藥依藥物藥商管理法之規定，其不待醫師指示，即可供治療疾病，故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍」之兩類情形。是故中醫師之業務上行為可大別為三種：一係合法且正當之醫療行為；二係使用限醫師（西醫）指示使用之西藥製

劑，屬業務上之不正當行為；三係使用西藥成藥為人治病，乃非屬中醫師業務範圍之行為，第一種行為受法律保障，第二種應依醫師法第二十五條處罰，第三種係介乎前二者之間，為法律上放任行為之一種，此觀衛生署之原函甚為明顯。支持多數意見者無非以上開命令僅稱「使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍」，乃係事實之描述，縱有違法亦係適用（包括主管機關及行政法院）之結果，而非函示之本身有何違法違憲之處。實則主管機關在本案中，將非屬醫師業務範圍之行為，視為業務上之不正當行為，而予以停業處分，等於以行政命令（即上開函示）補充制裁性行政處分之構成要件，顯然超出法律範圍，且違反法治國家對公權力措施須遵守明確性要求（Bestimmtheitsgebot）之原則，致人民對自身之行為是否為法律之所許，喪失預見之可能，自不應認其具有合法性。矧法律之解釋與適用原即難於分離，當代詮釋學大師加達默（Hans-Georg Gadamer）曾謂：「解釋者無非將『本文』當作普遍性事物而理解，換言之，承傳事物所表達者為何，亦即『本文』之內涵與意義；但為作此理解，解釋者不應無視於自身以及其所處之具體的詮釋學情境。解釋者倘欲根本理解，則必須將『本文』與此種情境加以連結（註六）。」若因為解釋上之權宜而刻意將已連結之情景與法規本文分離，不僅違反詮釋之基本原則，抑且忽視設置釋憲制度保障人民權利免遭不法侵害之本旨。

### 三、

本件聲請人提出聲請書狀甚為簡略，其內容又未指陳確定終局判決所適用之法律或命令有如何牴觸憲法之疑義，而係以不服行政院衛生署再訴願決定及行政法院相關判決為其聲請之主旨，與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定之要件尚有不符，依本院向例應不予受理，併此敘明。

註一：Johann Gottlieb Fichte Werk, hrsg. von Fritz Medicus, Bd. 2., Leipzig O.Z., S. 218f., 譯文見拙撰，唯心論與社會主義，台大法學院社會科學論叢，第三十四輯，民國七十五年六月，二七六頁。

註二：參照前引論文，二七〇頁。

註三：國民大會實錄，國大秘書處編印，民國三十五年，四三二頁。

註四：林紀東，中華民國憲法逐條釋義，修訂三版，二四三頁以下。

註五：Cf. Casebook Verfassungsrecht, 2. Aufl., Munechen 1991, S.270ff. 中文參照蕭文生譯，關於「職業自由」（工作權）」之判決，載西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），司法院印行，一二八頁以下。及劉建宏，德國法上之職業自由，憲政時代，十八卷，第二期，民國八十一年十月，三七頁以下。

註六：引自 H.G.Gadamer, Wahrheit und Methode, Grundzuege einer philosophischen Hermeneutik, Tuebingen 1972, S.307. 原文如下：

「Der Interpret will vielmehr gar nichts anderes, als dies Allgemeine-den Text-verstehen, d.h.versthen, was die Ueber lieferung sagt, was Sinn und Bedeutung des Texts ausmacht.Um das zu verstehen, darf er aber nicht von sich selbst und der konkreten hermeneutischen Situation, in der er sich befindet, absehen wollen. Er muss den Text auf diese Situation beziehen, wenn er ueberhaupt verstehen muss.」。加達默在上述「真理與方法」一書第二卷第二章第二七〇頁以下，引經據典，從亞里士多德之倫理學、史萊馬赫（F.E.D.Schleiermacher）基於新教神學之詮釋理論到當代貝第（E.Betti）之法律詮釋學，論證道德規範、基督教聖經、文學作品以及法律之解釋，其題材、作用、反思過程容有不同，但其共同特徵即解釋（Auslegung）與應用（Application）或適用（Anwendung）不能分離。

## 抄潘〇雄聲請書

### 一、訴之聲明

對衛生署 83.2.23 衛署訴字第八三〇〇〇二四九號再訴願決定書，及 83.7.8 行政法院八十三年度判字第一四三〇號之判決及對 83.10.6 行政法院八十三年度判字第二一三五號之再審之訴駁回不服，提請大法官解釋

### 二、事實及理由

(一)根據 83.7.19 衛署醫字第八三〇三三二五〇號函釋（如附件一）說明二「同一人兼具醫師中醫師雙重資格者，依現行規定應以

擇一資格登記執業，惟若應業務需要，併醫師或中醫師之醫療方式為病人診斷處方，現行規定並無限制」，同理衛生署現行規定並無限制，中醫師兼藥師雙重資格者，不得購買或使用成藥之規定，本人除了中醫師藥師雙重資格外，又兼受行政院衛生署所舉辦（六七）年現代醫學講習班六個月結業，並有結業證書，今所代購者為人人可買，人人可用的安全成藥，因為根據藥物藥商管理法第八條及藥事法第九條規定，買成藥不必醫師處分（西醫師），所以不構成醫師法第二十五條規定論處，而衛生署不察，隨便停業處分，已嚴重影響本人的權益。

- (二)①所謂醫師處方藥，為該藥藥性強烈，如果用藥不當或過強會引起病人的副作用，甚危及患者生命安全，為安全計所以衛生署將此藥物列為醫師處方藥，如安眠藥 Valium 等、副腎皮質荷爾蒙等 Prednisolone 等、抗生素 Tetracycline 等、磺胺藥 Sulfa drug 等、注射劑、麻醉藥 Cocaine Lidocaine 等。
- ②所謂成藥，為安全無虞人人可隨時直接向藥房或藥局承購使用的藥物，如綠油精、萬金油、克風邪、克補、五分珠、沙隆巴斯、金絲膏 等。
- (三)根據衛生署在再訴願決定書裡表示，中醫師一使用西藥成藥就是違法或不正當的行為，而違反醫師法第二十五條規定，顯然是不合邏輯的推論，這項見解是對全國中醫師宣示人人可用的西藥成藥，惟獨中醫師不准使用，這分明是對中醫師的一種懲罰及不平等待遇，由上所述，衛生署的行政處分，違反藥事法第九條規定，並且違反藥師法第三章第十五條及藥師法施行細則第十一條規定，更違反憲法第七條、第十五條保障人民平等權及工作權的規定，敬請大法官解釋法令，撤銷其處分。

附註：

- (一)中醫師兼（西）醫師雙重資格者，同樣只得選擇一資格中醫診所開業，但可兼用醫師處方藥（西藥），雖醫師處方藥藥性及副作用強，但因兼具西藥的專業知識，所以不會出問題。
- (二)同理，中醫師兼藥師（西）雙重資格者，本人所使用的是安全的，人人可直接承購服用的成藥，同樣本人也具備西藥專業知識，為何

需受嚴重處罪，敬請大法官主持公道。

司法院大法官 公鑒

中華民國八十三年十月二十三日

聲請人：潘〇雄

附件：

行政法院判決

八十三年度判字第一四三〇號

原告 潘〇雄 (住略)

被告 行政院衛生署

上當事人間因醫師法事件，原告不服行政院衛生署中華民國八十三年二月二十三日衛署訴字第八三〇〇〇二四號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告係台北市士林區大東路〇〇號「長庚聯合中醫診所」負責醫師，於民國八十一年十一月下旬至十二月初涉嫌以西醫手術方式治療病患趙〇〇之痔病，復交付西藥供其服用，惟因手術不當，致造成趙〇〇肛門括約肌受損而排便失禁，案經趙〇〇檢舉，並經台北市政府衛生局查證後，認原告違反醫師法規定，裁處其停業六個月（自八十二年五月十七日起至同年十一月十六日止）之處分。原告不服，提起訴願，遭駁回，提起再訴願，經被告再訴願決定將原處分及原決定均予撤銷，改處停業一個月之處分。原告仍不甘服，乃提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨略謂：（一）從適用法律命令的過程來看衛生署在再訴願決定書理由三、中表示『依本署前揭函釋，再訴願人係中醫師，縱有藥師身分資格，其交付病患成藥（西藥）仍屬不正當行為』，這根本是不合邏輯，毫無根據的推論，本人有藥師身份依職權介紹病人自己到藥房買成藥五分珠是因為當時病人趙〇〇實在痛得行動困難，拜託本人代購，本人未收分文義務代購成藥五分珠，因五分珠是成藥，

非醫師處方藥，人人可買來使用，所以衛生署六十七年六月八日衛署醫字第一九三八四二號、九月三十日衛署醫字第一七八二七八號函釋，對本案根本不適用，至於七十一年三月十八日衛署醫字第三七〇一六七號函釋的要旨是說西藥成藥不必醫師（西）指示，人人都可以使用，而不犯法，況且五分珠只具止疼效果，沒有治療效果，所以中醫師不可能用來治病，衛生署不查，在再訴願決定裡表示，中醫師一使用西藥成藥就是違法或不正當的行為，而違反醫師法第二十五條的規定，是對全國中醫師宣示，人人可用的西藥成藥，惟獨中醫師不准使用，這分明是對中醫師的一種懲罰及不平等待遇，違反藥物藥商管理法第八條的規定，也違反藥事法第九條的規定，並且違反憲法第七條、第十五條保障人民平等權及工作權的規定，應由鈞院撤銷其處分。（二）政府設立專門科系，其目的就是發揮其所長達到事半功倍的效果，今電腦進步的神速可謂一日千里，其對人類的貢獻當以億萬倍計，此莫不是專業再專業精益求精的結果，今本人身兼藥師中醫師雙重身份，可見本人很有上進心，政府對肯努力的人理應多加鼓勵及尊重，今卻相反，一個堂堂國家考試及格的藥師，不取分文義務代購成藥五分珠，需受嚴重的停業處分，欲加之罪何患無辭，中西合流已成為世界趨勢，目前歐美日韓均風起雲湧的到台灣或中國學習中醫以補西醫之所短，希望中西醫能融會貫通，目前同文同種的中國大陸，已發揮得淋漓盡致，最近大陸出版的書內均是中西用法並提，或中西藥物合用，他們西醫需學習中醫課程，中醫系需學習西醫課程，不像我們台灣除中國醫藥學院外所有西醫系均不學習中醫，將中西醫學完全分開，並排斥中醫這種違反世界潮流的作風，已阻礙了醫學進步的領域，因此值此強調中西合流的時代，衛生署沿用落伍的法規並曲解法條將普通人均可承購的成藥，來處罰有藥師專業執照的原告，已嚴重的打擊中醫界的發展誠非國家之福。（三）本人已屆退休年齡，為藥師前程計，請問假如某人具會計師律師雙重身份，可否在同一處開業律師及會計師事務所，如果不能，那麼假如他現在是開業會計師事務所，而剛好有人請教他法律方面的問題，他也在這時候不收分文義務的幫人解答法律方面的問題，是否犯法，要不要受停業處分語等語。

補充理由略謂：1.本人雖具中醫師及藥師雙重資格，但均遵照衛生署規定只掛牌「長庚中醫聯合診所」從事中醫師業務，因此在痔漏病人趙〇〇先生疼痛異常行動困難的情形下，受託義務到附近西藥房代購成藥 - 五分珠，可證明本人診所內並未從事西藥業務，否則就不必到外面西藥房購買五分珠。2.衛生署第三七〇一六七號函釋「使用西藥成藥為人治病，核非中醫師業務範圍」，卻又核准中醫師使用內容含Caffine Sulpyrine兩種西藥成分的「感冒寧葛根」製劑治療感冒，「實在矛盾」。依行政法院三十二年判字第十六號判例：「行政官署對於人民有所罰，必須證明其違法之事實，倘所提之證據自相矛盾，不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法」之判決意旨，可知被告之答辯為無理由，請判決撤銷一個月之停業處分。

附註

①

②

③

五分珠主成 (Caffine Autaminophen Aspyine)

感冒寧葛根主成 (Caffine 葛根膏浸劑 Sulpyrine)

由附註可知五分珠主成分與感冒寧葛根的主成分類似且用法也相同，也就是大同小異，為何有處罰與不處罰之分？可見衛生署的醫藥、藥政，目前還非常混亂，況且本人只是受病人之託，義務代購五分珠而已等語。

被告答辯意旨略謂：一、按「醫師於業務上如有違法或不正當行為，得處一個月以上一年以下停業處分或撤銷其執業執照。」醫師法第二十五條定有明文。又「中醫師使用醫師（西）處方藥房始得買賣之藥品或西醫外科手術應視同醫師不正當行為，依醫師法第二十五條規定論處。」「具藥劑師資格之中醫師依規定仍不可使用須經（西）醫師處方之西藥器材。」及「西藥成藥，依藥物藥商管理法之規定，其不待醫師指示，即可供治療疾病。故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍。」分別經本署六十七年六月八日衛署醫字第一九三八四二號、九月三十日衛署醫字第一七八二七八號及七十一年三月十八日衛署醫字第三七〇一六七號函釋在案。二、卷查本件原告於八十一年十一月下旬至十二月初涉嫌以西醫手術方式治療病患趙〇〇之痔病，復交付西藥供趙君使用，惟因手術不當，致造成趙君肛門括約肌受損而排便失禁，此有趙君之檢舉函及新光醫院八十二年三月十六

日新醫管字第0三九號函附趙君病歷摘要在卷可查，台北市政府衛生局乃以上揭法條及本署函釋，裁處原告停業六個月之處分。惟查本案經本署函請台大醫院、和平醫院、長庚醫院及中國醫藥學院四家醫療機構提供意見，以及請陳楓林中醫師、周經凱（西）醫師蒞會說明，認為：「中醫掛線療法及西醫手術，方法雖有不同，然原理相近，一般而言，應不致造成病患排便失禁情事；如因處置失當，傷及深度括約肌，造成不適，中、西療法兩者皆有可能。」本件系爭醫療方法，原告一再訴稱其對趙君所施行之療法為中醫傳統的掛線療法，其於趙君病歷表中，固僅於趙君就診日期八十一年十一月二十日、二十七日、三十日及十二月三日上蓋有「乙字湯9、桂苓丸9、黃蓮解毒9」等字樣，並無施行該療法過程之任何記載，雖尚難證明其的確使用「掛線療法」，然亦無明顯證據證明原告係以西醫手術方式治療病患。依行政院三十二年判字第十六號判例：「行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法之事實，倘所提出之證據自相矛盾，不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法」之判決意旨，中醫掛線療法及西醫手術，如傷及深度括約肌，既均有可能導致不良結果，台北市政府衛生局依據趙君檢舉函及新光醫院出具之病歷摘要所載括約肌切開斷裂等情，即率予認定原告係以西醫手術方式之不正當方法醫療，稍嫌速斷，此一違規部分，應不能成立。至於原告使用西藥乙節，依本署前揭函釋規定，仍屬業務上不正當行為，本署衡酌實情，考量原告違規情節之輕重，乃將原處分及原決定均撤銷，改處原告停業一個月之處分。三、原告雖主張：「成藥『五分珠』非醫師處方藥，人人可承購服用，不構成不正當行為，原告係在病患因痔漏疼痛行動困難情形下，義務代購，以為病患止痛，且該成藥只是暫時止痛藥，並非治療藥，原告具有藥師資格，自有買賣藥品之職權，而今只是義務代購藥物，竟受停業處分，實屬過當等語。惟查「中醫師兼具藥師資格者，僅得擇一資格開、執業。」本署八十年十二月十八日衛署醫字第九八九0三五號函釋有案，本件原告執業登記為中醫師，執業範圍應僅限中醫醫療業務，依前揭本署三七0一六七號函釋：「使用西藥成藥為人治療，核非中醫師之業務範圍」之規定，原告縱兼具藥師資格，仍不得交付西藥治療病人，原告雖稱該藥

為止痛藥，非治療藥，惟交付西藥為病人止痛，仍屬治療之過程；又醫師以診療為目的，其依自開處方交付親為診斷之病患藥品，與「民眾自行購買成藥」之行為有別，況依病人病情，不須交付西藥治療，而原告仍予交付，其違規情節至為明確，本署變更原處分，改處原告停業一個月之處分，已屬從輕。綜上論結，本件原告之訴為無理由，敬請駁回等語。

### 理 由

按「醫師於業務上如有違法或不正當行為，得處一個月以上一年以下停業處分或撤銷其執業執照。」醫師法第二十五條定有明文。又「中醫師使用醫師（西）處方藥房始得買賣之藥品或西醫外科手術，應視同醫師不正當行為，依醫師法第二十五條規定論處。」「具藥劑師資格之中醫師依規定仍不可使用須經（西）醫師處方之西藥及西藥器材。」及「西藥成藥，依藥物藥商管理法之規定，其不待醫師指示，即可供治療疾病。故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業範圍。」分別經行政院衛生署六十七年六月八日衛署醫字第一九三八四二號、九月三十日衛署醫字第一七八二七八號及七十一年三月十八日衛署醫字第三七〇一六七號函釋在案。本件原告於八十一年十一月下旬至十二月初涉嫌以西醫手術方式治療病患趙〇炳之痔病，復交付西藥供趙〇〇服用，惟因手術不當，致造成趙〇〇肛門括約肌受損而排便失禁，此有趙〇〇之檢舉函及新光醫院八十二年三月十六日新醫管字第〇三九號函附趙〇〇病歷摘要復台北市政府衛生局案卷可稽，該局乃依首揭法條及函釋，裁處原告停業六個月之處分。原告不服，提起訴願遭駁回，提起再訴願，再訴願決定機關即被告以本案經函請台大醫院、和平醫院、長庚醫院及中國醫藥學院四家醫療機構提供意見，以及請陳楓林中醫師、周經凱（西）醫師蒞會說明，認為：「中醫掛線療法及西醫手術，方法雖有不同，然原理相近，一般而言，應不致造成病患排便失禁情事；如因處置失當，傷及深度括約肌，造成不適，中、西療法者皆有可能。」本件系爭醫療方法，原告訴稱其對趙〇〇所施行之療法為中醫傳統的掛線療法，其於趙〇〇病歷表中，固僅於趙〇〇就診日期八十一年十一月二十日、二十七日、三十日及十二月三日上蓋有「乙字湯 9、桂苓丸 9、黃蓮解毒 9」等字樣，並

無施行該療法過程之任何記載，雖尚難證明其的確使用「掛線療法」，然亦無明顯證據證明原告係以西醫手術方式治療病患。又中醫掛線療法及西醫手術，如傷及深度括約肌，既均有可能導致不良結果，原處分依據趙〇〇檢舉函及新光醫院出具之病歷摘要所載括約肌切開斷裂等情，即率予認定原告係以西醫手術方式之不正當方法醫療，略嫌速斷。惟原告對於使用西藥乙節，於再訴願書中並不否認，其於被告八十三年一月二十六日訪談紀錄中亦坦承不諱，依首揭函釋，原告係中醫師，縱有藥師資格，其交付病患成藥（西藥），仍屬業務上不正當行為。惟其交付成藥，危險性低，違規情節尚屬輕微，其涉嫌以西藥手術醫療既不能成立，已如上述，衡酌實情，宜從輕量罰，乃將原處分及原決定均予撤銷，改處原告停業一個月處分，於法並無不合。原告訴稱：是病人請原告代購成藥云云，顯係事後卸責之詞，不足採信，至原告所舉案例，係屬他案，非本件所得審究，並予說明，原告起訴論旨，核無理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 三 年 七 月 八 日

## 司法院釋字第四〇五號解釋

中華民國 85 年 6 月 7 日

院台大二字第 11240 號

### 解 釋 文

憲法第八十五條規定，公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，非經考試及格者不得任用，明示考試用人之原則。學校職員之任用資格，自應經學校行政人員考試或經高等、普通考試相當類科考試及格。中華民國七十九年十二月十九日修正公布之教育人員任用條例第二十一條所稱「適用各該原有關法令」，並不能使未經考試及格者取得與考試及格者相同之公務人員任用資格，故僅能繼續在原學校任職，亦經本院釋字第二七八號解釋在案。八十三年七月一日修正公布之教育人員任用條例第二十一條第二項中，關於「並得在各學校間調任」之規定，使未經考試及格者與取得公務人員任用資格者之法律地位幾近相同，與憲法第八十五條、第七條及前開解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。

### 解釋理由書

司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，憲法第七十八條定有明文。法律與憲法牴觸者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之，憲法第一百七十一條規定甚明。又憲法增修條文第四條規定，司法院設大法官若干人，大法官除掌理憲法第七十八條之規定外，並組成憲法法庭審理政黨違憲之解散事項，足見憲法賦予大法官維護規範位階及憲政秩序之重大職責。是司法院大法官依司法院大法官審理案件法之規定，就憲法所為之解釋，不問其係闡明憲法之真義、解決適用憲法之爭議、抑或審查法律是否違憲，均有拘束全國各機關及人民之效力，業經本院釋字第一八五號解釋在案。立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，但不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋，自不待言。

憲法第八十五條規定，公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，非經考試及格者不得任用，明示考試用人之原則。學校職員之

任用資格，應經學校行政人員考試或經高等、普通考試相當類科考試及格，此不僅為中華民國七十四年五月一日公布施行、七十九年十二月十九日修正公布之教育人員任用條例第二十一條所規定，亦經本院釋字第二七八號解釋認與憲法第八十五條之意旨相符。前開條例公布施行前，以遴用方式進用學校職員，與考試用人之憲法意旨固有不符，惟乃屬法制未完備前之例外措施。在該條例施行前已遴用之各類學校現任職員，其任用資格依前關於七十九年修正公布之該條例第二十一條所稱：「適用各該原有關法令」，並不能取得與考試及格者相同之任用資格，已經本院上述解釋釋示在案。此類職員依原有關法令所取得之權益雖應受保障，其範圍應以不牴觸考試用人之憲法意旨為限。上開解釋，並未禁止此類職員於原學校內得以升遷，惟僅能繼續在原學校任職，乃係在不牴觸考試用人之憲法意旨範圍內，對其原有權益予以最大限度之保障。此項例外措施，自不應再以立法擴張其範圍，以免違反平等原則。八十三年七月一日修正公布之教育人員任用條例第二十一條第二項中，關於「並得在各學校間調任」之規定，使未經考試及格者與取得公務人員任用資格者之法律地位幾近相同，對於前開條例施行後以考試及格任用之人員有失公允，與憲法第八十五條、第七條及前開解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。至於此類職員因僅能繼續在原學校任職，致其有所不便，宜由考試院依其法定職權舉辦相關考試定其任用資格，以資解決，併此說明。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
 王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
 城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
 董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

不同意見書 大法官 蘇俊雄

憲法第八十五條規定，公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，非經考試及格者不得任用，明示考試用人之原則。惟憲法之「公開競爭之考試原則」係一項基本原則，尚有賴法律制度去形成。憲法第八十六條明定，公務人員任用資格，應「依法」考選銓定之；

則立法院在制定考試與銓敘之相關法律時，在考試制度於憲政秩序中之形成過程，基於國家用人制度如何正常化、制度化之考量，對考試方法及相關資格認定之法制，容許有一定之「立法政策之選擇、判斷之自由」。故法律對公務人員相關資格取得所設定之條件，如有例外性之規定，而有法律抵觸憲法原則疑義時，應就立法目的、方法等有無明顯抵觸憲法直接保障之價值體系核心部分進行解釋認定，尚不得以抽象之論理方法判斷之。

對於憲法考試用人原則之立法，容許有例外規定；本院釋字第二七八號解釋，即在肯定七十九年十二月十九日公布之教育人員任用條例第二十一條修正法案之合憲性。該號解釋認定立法者有權制定法律，規定於教育人員任用條例公布施行前，以選用方式進用之學校職員適用原有關法令，繼續在原學校任職，以做為法制未完備前之例外措施。司法院大法官之解釋，固有補充憲法規範體系之效力，維護規範位階之重大職責；但其就個案所為之解釋，尚無直接替代「憲法原則」本身，而限制「立法自由形成權」之論理上的當然效力。八十三年七月一日修正公布之教育人員任用條例第二十一條第二項之規定，乃一項新的法律決議，雖與釋字第二七八號解釋內容不儘一致，但是否為憲法原則及憲政秩序所不容，乃應具體就新修正法案之目的、內容及其適用上有無明顯抵觸憲法原則之核心領域而論。此項解釋原則與多數意見通過之解釋文及解釋理由，法理見解不盡相同，爰提不同意見書，說明理由如後：

一、憲法制度之具體化，有賴於法律規範之補充，而法治國家發展憲政秩序之規範體系，則有立法與憲法解釋兩項基本途徑。立法機關依據民意制定法律，有其立法之目的與固有社會事實之需要性；故除其制定之法規，有抵觸憲法者外，享有「形成法規之自由」（*Gestaltungsfreiheit des Gesetzes*）。另一方面，憲法解釋之體系，對於實質的違憲審查之結果，亦發展出相當的憲法秩序與法律位階的概念，對於全國各機關及人民有其約束效力，業經本院釋字第一八五號解釋在案。問題之關鍵在於，就特定法規個案之違憲審查意見，能否直接替代「立憲者之原意」，而可以論理類推之方式，限制新的立法決議？這可能不是單純由憲法解釋者

單方面選擇決定的課題。在合憲解釋之場合，固無問題，但如兩者見解有對立與矛盾的情形，則不無慎重評價之必要。依法理而言，判例或「合憲性解釋」之既成先例，誠如多數通過之解釋理由書所述，在法律位階上固有其相當之約束力，但僅以同一事實之類型法規為其範圍。其是否可進而成為「一般憲法解釋」- 普遍地做為憲法制度本身原理之一部分，則尚必須視該個案解釋所涉及之內容，是否具有與憲法相關之「事物概念之類型化」、「規範之組織化」、「解釋之體系化」等因素而評價之（註一）。多數通過之解釋理由書，認為立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，但不得逾越「司法院所為憲法解釋」。此將使法規個案合憲解釋之既成見解，奉與立憲者所制定之憲法原則同位階，而可限制新的立法決議。其法理之論據何在？不無疑問，而勿寧有不當限制立法者「形成法規之自由衡量權」之虞。

- 二、本院釋字第二七八號解釋之意旨，肯定七十九年教育人員任用條例之修正，係在兼顧考試用人原則及該條例施行前所遴用之學校現任職員而未經正式考試及格者之權益，就其已在職位服務者之資格予以正當化，而為之例外便宜措施。此號解釋認為該法規所定之內容，與憲法第八十五條之考試制度之原則，有其基於法律安定性而為例外考量之合憲性。惟該號解釋係以七十九年修正法案之時的社會背景所為之規範審查，尚無對考試公平原則、調任規範之組織，有類型化、體系化之解釋內容，故其審查所據之標準，尚不足以據為憲法考試用人原則之制度界限，用以限制八十三年之新的法制的決議。八十三年之該條例修正法案，縱然有逾越憲法之規定意旨，亦應就該法律修正之目的與社會現實之事實需要性、法律安定性及憲法秩序之容忍性等等因素，為「綜合之評價」，方符多元化民主憲政秩序制度之發展理念（註二）。
- 三、多數通過之解釋文，對上開憲法解釋之重要課題，未加釐清；且就違憲之判斷亦無實證之論據，難謂妥當。

綜合審查，八十三年七月一日修正公布之教育人員任用條例第二十一條第二項中，關於「得在各學校間調任」之規定，有其調配全國

教職人員之人力資源與經驗之立法目的，兼顧法律之安定性，仍屬一項合理之便宜措施，故不能以其限制之尺度，放寬釋字第二七八號解釋所予肯定之便宜措施之範圍，即謂與憲法原則有所牴觸。此項新規範之制定，應屬憲法所保障之「形成法規自由」之範圍，與憲法第八十五條、第七條之意旨尚無牴觸。爰提不同意見書，說明如上。

註一：參照長谷川正安著，憲法解釋之研究，一九七八年，勤草書房，頁一〇〇至一一五。

註二：Rudolf Smende, Integrationslehre (統合理論), 1956, in: Staat-srechtliche Abhandlungen, S. 475.

抄考試院聲請書 中華民國八十三年十月二十九日  
(83)考台秘議字第一〇五一〇號

受文者：司法院

主旨：本（八十三）年七月一日新修正公布之教育人員任用條例第二十一條第二項「並得在各學校間調任」一節，與 貴院大法官會議，議決釋字第二七八號解釋文「 僅能繼續在原學校任職」，似有牴觸，爰請 貴院轉請大法官會議補充解釋惠復。

說明：

一、請補充解憲目的：

新修正教育人員任用條例第二十一條第二項規定：「本條例施行前已遴用之學校編制內現任職員，其任用資格適用原有關法令規定，並得在各學校間調任。」與 貴院大法官會議議決釋字第二七八號解釋文「 僅能繼續在原學校任職」，於文義似有牴觸，爰請 貴院針對此項疑義予以補充解釋。

二、教育人員任用條例第二十一條修正經過暨本院前聲請 貴院釋憲情形：

(一)原教育人員任用條例第二十一條（七十九年十二月十九日修正公布）規定：「學校職員之任用資格，除技術人員、

主計人員、人事人員及本條例施行前已遴用之各類學校現任職員，分別適用各該原有關法令之規定外，應經學校行政人員考試及格，或經高普考試相當類科考試及格。」本院前於七十九年十二月二十九日以（七九）考台秘議字第四〇九九號函，以該條文是否與憲法第八十五條規定有無違背發生疑義，聲請 貴院大法官會議解釋，並經 貴院大法官會議議決作成釋字第二七八號解釋，對該等人員明定「僅能繼續在原學校任職」。

- (二)本（八十三）年七月一日修正公布之教育人員任用條例第二十一條第二項規定：「本條例施行前已遴用之學校編制內現任職員，其任用資格適用原有關法令規定，並得在各學校間調任。」該等人員業經修正為「並得在各學校間調任。」

### 三、聲請補充解釋理由：

- (一)查本年七月一日修正公布之教育人員任用條例第二十一條第一、二項規定：「（第一項）學校職員之任用，依其職務類別，分別適用公務人員任用法或技術人員任用條例之規定，並辦理銓敘審查。（第二項）本條例施行前已遴用之學校編制內現任職員，其任用資格適用原有關法令規定，並得在各學校間調任。」其第二項前段所謂「本條例施行前已遴用之學校編制內現任職員，其任用資格適用原有關法令規定」，係第一項之例外規定：所稱之「已遴用之學校編制內現任職員」即係指未經考試及格者，所稱之「適用原有關法令規定」，即係適用以前教育部訂頒之行政命令規定。依行政命令任職之人員，實無如條文所稱「其任用資格」之存在。至於考試及格之身分，自必須經法定之考試程序始能取得，決非可經此一法律條文賦予其考試及格身分，至為顯然。因之，此一條文仍不能使未經考試及格者取得與考試及格者相同之公務人員任用資格，故仍「僅能繼續在原學校任職」。
- (二)按新修正之教育人員任用條例第二十一條第二項與原條文

相較，該等人員適用原有關法令規定之本質未變，原有第二七八號解釋對象並未更動，貴院大法官會議所作解釋效力似不宜因教育人員任用條例第二十一條第二項之增訂而有影響。

- (三)本案適用新修正教育人員任用條例第二十一條第二項，因與貴院大法官會議議決釋字第二七八號解釋，不無違背，衡諸過去立法院及國民大會因適用釋字第二八二號解釋對所稱「無給職」意義產生疑義，而聲請補充解釋，遂有第二九九號解釋補充之成例，本案爰依例函請貴院轉請大法官會議再予補充解釋。

四、檢附附件二種於次：

- (一)大法官會議議決釋字第二七八號解釋全文影本一份。  
(二)新修正教育人員任用條例第二十一條條文影本一份。

院長 邱創煥

(本件聲請書附件略)

# 司法院釋字第四〇六號解釋

中華民國 85 年 6 月 21 日

院台大二字第 12325 號

## 解 釋 文

都市計畫法第十五條第一項第十款所稱「其他應加表明之事項」，係指同條項第一款至第九款以外與其性質相類而須表明於主要計畫書之事項，對於法律已另有明文規定之事項，自不得再依該款規定為限制或相反之表明或規定。都市計畫法第十七條第二項但書規定：「主要計畫公布已逾二年以上，而能確定建築線或主要公共設施已照主要計畫興建完成者，得依有關建築法令之規定，由主管建築機關指定建築線，核發建築執照」，旨在對於主要計畫公布已逾二年以上，因細部計畫未公布，致受不得建築使用及變更地形（同條第二項前段）限制之都市計畫土地，在可指定建築線之情形下，得依有關建築法令之規定，申請指定建築線，核發建築執照，解除其限建，以保障人民自由使用財產之憲法上權利。內政部中華民國七十三年二月二十日七十三台內營字第二一三三九二號函釋略謂：即使主要計畫發布實施已逾滿二年，如其（主要）計畫書內有「應擬定細部計畫後，始得申請建築使用，並應儘可能以市地重劃方式辦理」之規定者，人民申請建築執照，自可據以不准等語，顯係逾越首開規定，另作法律所無之限制。與憲法保障人民財產權之意旨不符，應不適用。

## 解釋理由書

市鎮都市計畫，依都市計畫法第十五條第一項規定，應先擬定主要計畫書。該主要計畫書依同條項第十款規定，雖得表明「其他應加表明之事項」，惟所稱「其他應加表明之事項」係指同條項第一款至第九款以外，與其性質相類而須表明於主要計畫書之事項，對於法律已另有明文規定之事項，自不得再依該款規定為限制或相反之表明或規定，否則即與憲法第一百七十二條有違。又都市計畫法第十七條第一項規定：第十五條第一項第九款所定之實施進度，應就其計畫地區範圍預計之發展趨勢及地方財力，訂定分區發展優先次序。第一期發

展地區應於主要計畫發布實施後，最多二年完成細部計畫；並於細部計畫發布後，最多五年完成公共設施。其他地區應於第一期發展地區開始進行後，次第訂定細部計畫建設之。其同條第二項規定「未發布細部計畫地區、應限制其建築使用及變更地形」，固在求都市計畫之圓滿實施，而為增進公共利益所必要，然憲法所保障之人民財產權，尚不能因主管機關之遲延不於主要計畫實施後二年內發布細部計畫，使其繼續陷於不能自由使用土地建築之不利益。故同項但書規定：主要計畫發布已逾二年以上，而能確定建築線或主要公共設施已照主要計畫興建完成者，得依有關建築法令之規定，由主管建築機關指定建築線，核發建築執照，用以解除對土地建築使用之限制。是主管機關依同法第十五條第一項擬定之主要計畫書，雖得就同條第一項第一款至第九款以外與其性質相類之事項為規定，但不得於第十款其他表明事項中規定「須於細部計畫完成法定程序後，始准予發建築執照」，以排除「主要計畫已逾二年，而能確定建築線或主要公共設施已照主要計畫興建完成者，得依有關建築法之規定，由主管建築機關指定建築線，核發建築執照」規定之適用。內政部中華民國七十三年二月二十日七十三台內營字第二一三三九二號函釋略謂，即使主要計畫發布實施已逾滿二年，如其（主要）計畫書內有規定如主旨所敘（按即都市計畫主要計畫內規定：「應擬定細部計畫後，始得申請建築使用，並應儘可能以市地重劃方式辦理，以取得公共設施用地」）者，人民申請建築執照，自可據以不准云云，及臺灣省苗栗縣政府七十六年十月二十一日七六府建都字第九三二六六號公告竹南頭份（土牛及港墘地區）都市計畫（通盤檢討）圖表明「附帶條件(1)應另行擬定細部計畫，除主要計畫指定之公共設施外，依規定配置必要之公共設施用地，並俟細部計畫完成法定程序後，始准予發照建築，(2)以市地重劃方式開發」，其中關於核發建築執照之規定，依上開說明顯係逾越都市計畫法第十五條第一項第十款規定範圍，另作同法第十七條第二項但書規定所無之限制，與憲法保障人民財產權之意旨不符，應不適用。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄

王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

### 抄黃 0 階聲請書

事由：為依都市計畫法第十五條第一項第十款規定，加入於都市計畫變更主要計畫書「以市地重劃方式開發」，限制人民建築及內政部七十三台內營字第二一三三九二號、台灣省政府建設廳七十九建四字第四九三四八號函有關「限制建築」之行政釋示有牴觸憲法之疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，懇請 鈞院大法官會議解釋。

說明：

#### 一、聲請解釋憲法之條文、目的。

懇請依據憲法第十五條：「人民之財產權應予保障。」及第二十三條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止防礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」規定之意旨，解釋內政部七十三年二月二十日七十三台內營字第二一三三九二號函釋：「依都市計畫法第十七條第二項後段規定『但主要計畫發布已逾二年以上，而能確定建築線或主要公共設施已照主要計畫興建完成者，得依有關建築法令之規定，由主管建築機關指定建築線核發建築執照』，此所指『得依有關建築法令之規定核發建築執照』乙節，並非強制規定，因之，即使主要計畫發布實施已逾兩年，如其計畫書內有規定如主旨所敘者，人民申請建築執照，自可據以不准。」台灣省政府建設廳七十九年十二月二十二日七十九建四字第四九三四八號函釋：「本案該住宅區依變更計畫說明書規定：『應另行擬定細部計畫，除主要計畫指定之公共設施外，依規定配置必要之公共設施用地，並俟細部計畫完成法定程序後始准予發照建築。以市地重劃方式開發。』依本廳函轉內

政部七十三年二月二十日七十三台內營字第二一三三九二號函示（詳附件）規定，本案應依說明書規定辦理，始得准予發照建築。」行政機關依據都市計畫法第十五條第一項：「市鎮計畫應先擬定主要計畫書，並視其實際情形，就左列事項分別表明之：一、二、十、其他應加表明事項。」規定表明於竹南頭份聯合都市計畫變更主要計畫書附帶條件：「(1) (2)以市地重劃方式開發，以限制人民建築使用私有建築用地」及同法第五十八條第四項：「土地重劃 政府得公告禁止 新建、增建、改建 但禁止期間不得超過一年六個月。」第八十一條：依本法 變更都市計畫時， 得禁止 建築物之新建、增建、改建 。前項禁止期限 但最長不得超過兩年。」法院認為「參酌上述期間規定，應非毫無彈性之強制規定」，不當侵害人民之財產權，且有違依法行政，人民權利、義務平等原則，已牴觸上開憲法第十五條及第二十三條之規定。

## 二、爭議及疑義之經過與性質。

1. 緣聲請人私有土地座落台灣省苗栗縣頭份鎮頭份段一小段〇〇〇之二地號土地，曾經苗栗縣政府七十六年十月二十一日七十六府建都字第九三二六六號函公告竹南頭份聯合都市計畫通盤檢討變更主要計畫時，由農業區變更為住宅區。該住宅區，依變更主要計畫書附帶條件規定：「(1)應另行擬定細部計畫，除主要計畫指定之公共設施外，依規定配置必要之公共設施用地，並俟細部計畫完成法定程序，始准予發照建築。(2)以市地重劃方式開發。」三年後，聲請人依據都市計畫法第十七條第二項後段「但主要計畫發布已逾兩年以上，而能確定建築線或主要公共設施已照主要計畫完成者，得依有關建築法令之規定，由主管建築機關指定建築線，核發建築執照」之規定，於七十九年十一月八日首次向苗栗縣政府申請核發上開土地之建築執照，該府以該建築用土地「牴觸禁限建規定」等多項理由退件。經聲請人補正並敘明應不牴觸禁限建理由，於七十九年十一月二十五日再送該府申請核發建築執照。該府因有上開變

更主要計畫書附帶條件之疑義，乃報請台灣省政府建設廳釋示，經該廳七十九年十二月二十二日七十九建四字第四九三四八號函釋復：「依本廳函轉內政部七十三年二月二十日七十三台內營字第二一三三九二號函示規定，本案應依說明書規定辦理後，始得准予發照建築。」該府乃於八十年一月四日八十府建管字第一三一三〇八號函否准聲請人之申請。嗣後該府八十年六月六日八十府建都字第五六七八七號函公告上開變更主要計畫土牛地區細部計畫自八十年六月七日零時起發布實施。聲請人乃於八十年八月九日書面再次陳述應發照建築之理由，向該府申請核發建築執照，仍然被該府以上開內政部七十三台內營字第二一三三九二號函釋及台灣省政府建設廳七十九建四字第四九三四八號函釋為理由，否准發照建築。

2. 聲請人乃提出訴願、再訴願、行政訴訟、再審之訴，仍然以前開變更主要計畫書附帶條件：「(1) (2)以市地重劃方式開發。」係行政機關依據都市計畫法第十五條第一項第十款：「其他應加表明事項」規定加入者。因市地重劃方式開發尚未完成，則原處分對聲請人申請核發前開土地之建築執照，適用前開內政部七十三台內營字第二一三三九二號函釋及台灣省政府建設廳七十九建四字第四九三四八號函釋否准發照，並無不合。且認為聲請人在再審之訴陳述理由均屬法律見解之歧異問題，難謂具有行政訴訟法第二十八條第一款之再審原因或理由而判決駁回。然而，本案自八十年六月六日土牛地區細部計劃公告發布實施後，到該地區實際開始實施市地重劃前（按：至今未開始實施市地重劃）之期間，前開行政機關依據都市計畫法第十五條第一項第十款：「其他應加表明之事項」規定表明於變更主要計畫書附帶條件：「(1) (2)以市地重劃方式開發」，及前開內政部、建設廳之兩項行政釋示，是否具有「限制人民建築」之法律效力或法律原因？官民之間有嚴重爭議，已有整整四年之久，業已形成疑義。除此之外，隨著又引發都市計畫法第五十八條第四項規定得禁止建築不得超過一年六個月、第八十一條規定得禁止建築最長期限不得超過二年，是強

制規定或彈性規定之疑義。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場見解。

1. 按前開內政部七十三年二月二十日七十三台內營字第二一三三九二號函釋、台灣省政府建設廳七十九年十二月二十二日七十九建四字第四九三四八號函釋，均非屬立法院三讀通過經總統公布之法律，而祇是一種行政機關對都市計畫法第十七條第二項：「未公布細部計畫地區」所作成之行政釋示而已，且內容涉及限制憲法所保障之人民財產權事宜，自始就因牴觸憲法第二十三條及中央法規標法第五條：「左列事項應以法律規定之：一、憲法或法律有明文規定之者。二、關於人民之權利、義務者。」因此，上開內政部七十三台內營字第二一三三九二號函釋及建設廳七十九建四字第四九三四八號函釋均對八十年六月七日零時起發布實施土牛細部計畫地區內之住宅區無禁止或限制人民財產權之法律效力，亦非內政部七十三年八月十五日台內密伯營字第三三七五號函釋、七十七年五月三十一日台內營字第五九八九四六號函釋、七十七年十月二十四日台內地字第四六二九一〇號函釋所指之「法律原因」（詳文件十四、十五、十六），應可確認。
2. 本案變更主要計畫書附帶條件：「(1)應另行擬定細部計畫，除主要計畫指定之公共設施外，依規定配置必要之公共設施用地，並俟細部計畫完成法定程序後，始准予發照建築。(2)以市地重劃方式開發。」從其意思表達方式完全不相同，可知該兩項附帶條件為完全無關聯各自獨立之兩件事情，亦即第(1)項有都市計畫法第十七條第二項前段：「未發布細部計畫地區應限制其建築使用。」乙節，作為限制建築之法律依據，且有規定限制人民建築之期間為自變更主要計畫公布時起至細部計畫完成法定程序發布實施止，並明確表明細部計畫完成法定程序後，即可准予核發建築執照。然而第(2)項卻未有依據相關法律明確表達限制人民建築使用之意思。若要表達限制人民建築使用應有例如：「細部計畫完成法定程序發布實施同時實施以市地重劃方式開發。並同時依據都市計畫法第五十八條第四項：

『土地重劃之範圍選定後，直轄市、縣（市）（局）政府得禁止該地區之土地 新建、增建、改建 但禁止期間，不得超過一年六個月』規定同時公告實施禁止建築一年六個月。」之詞句，表明係依據何法律限制建築、限制建築期間、為何限制建築等意思表達，或另行依法發布禁止建築公告等。再從都市計畫法整體所表現之關聯意義來判斷該附帶條件：「(2)以市地重劃方式開發。」乙節，祇不夠單純表達，從都市計畫法第四十八條規定公共設施用地之取得三方式中，選用「市地重劃」作為該地區之公共設施要「以市地重劃方式開發」方法取得而已，不具有「限制建築」之法律效力，蓋有「限制建築」之法律效力，則該附帶條件第(1)項及第(2)項所表達之意思，豈不互相矛盾？且「以市地重劃方式開發」一詞，並非「禁止或限制人民建築使用」之同義詞，法律亦無明文如此規定。因此，該附帶條件「以市地重劃方式開發」乙節，不論加入於變更主要計畫書，或加入於細部計畫書，均不具限制人民建築使用之法律效力。

3. 按限制人民財產權，必須要有法律之依據，憲法第二十三條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止防礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序或增進公共利益所必需者外，不得以法律限制之。」及中央法規標準法第五條：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定者。二、關於人民之權利、義務。三、」有明文。在德國不祇以法律依據為限，即基於法規命令亦得為之，但法規命令必須有法律之授權，且此項授權之內容、目的及範圍應於法律中加以規定。若無法律或法規命令之依據，不得以習慣法或一般性法律原則為干預措施之法源。法律之授權不明確，或者以空白條款方式授權，為法所不許。授權之內容及範圍是否明確不能僅就字面解釋，而應就該項法律整體所表現之關聯意義為判斷。鈞院大法官會議釋字第三一三號解釋：「對人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授

權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。」可見我國亦採取與德國同樣之見解。是故若都市計畫法第十五條第一項：「市鎮計畫應先擬定主要計畫書，並視其實際得就左列事項分別表明之：一、二、十、其他應加表明之事項。」之規定，可作為都市計畫法限制人民財產權之法律授權，則都市計畫法第五十八條第四項：土地重劃之範圍選定後，直轄市、縣（市）（局）政府得公告該地區之土地移轉、分割、設定負擔、新建、增建、改建及採取土石或變更地形；但禁止期間，不得超過一年六個月。」及同法第八十一條：依本法新訂都市計畫、擴大都市計畫、變更都市計畫時，得先劃定計畫地區範圍，經由該管都市計畫委員會通過後，得禁止在該地區範圍內一切建築物之新建、增建、改建，並禁止變更地形或大規模採取土石，但為軍事、緊急災害或公益等之需要者，不在此限；其辦法由內政部定之。前項禁止期限，視計畫地區範圍之大小及舉辦事業之性質定之；但最長不得超過兩年。前項禁建範圍及期限，應報請上級政府核定」規定，豈非多此一舉。故由都市計畫法整體所表現之關聯意義為判斷，都市計畫法第十五條第一項第十款：「其他應加表明之事項。」若涉及限制人民權利事項時，其授權之內容、目的及範圍並不具體，亦不明確，不符合憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨，亦與鈞院釋字第三一三號解釋意旨不符，而不能作為限制人民權利之法律授權依據。準此，本案苗栗縣政府依據都市計畫法第十五條第一項第十款：「其他應加表明之事項」規定，加入於七十六年十月二十一日七十六府建都字第九三二六六號函公告變更主要計畫書附帶條件：「(1) (2)以市地重劃方式開發。」乙節，應無限制人民建築之法律效力，也非內政部七十三年八月十五日台內密伯營字第三三七五號函釋、七十七年五月三十一日台內營字第五九八九四六號函釋及七十七年十月二十四日台內地字第六四二九一〇號函釋所指之「法律原因」（詳文件十四、十五、十六）。

4. 除了主管建築機關必須確認都市計畫法第十五條第一項第十款之規定不可作為都市計畫法限制人民財產權之法律授權依據，並應考慮法律保留原則及憲法第二十三條之外，另應確認法律規定禁建不得超過之最長期限。依都市計畫法第五十八條第四項但書規定禁建期間為不得超過一年六個月，同法第八十一條第二項但書規定禁建期限最長不得超過兩年。法院判決認為「參酌上述期間規定，應非毫無彈性之強制規定。」此「上述期間規定，應非毫無彈性」乙節，究竟指何者？若指都市計畫法第十七條第二項前段：「未發布細部計畫地區，應限制其建築使用」，或同法第五十八條第四項規定禁建期間不得超過一年六個月及同法第八十一條第二項但書規定最長禁建期限不得超過兩年，期限內之任何一段期間，則可無疑義。若指上述兩個法律規定禁建不得超過之期限之極限，則有可議之處。按以法律規範最長不得超過之禁建期限之目的，係「以法律限制人民自由權利之限制」，此為憲法第二十三條之真諦所在，即客觀之立法者，有意以法律明文規定，以有限期限來限制「人民自由權利之限制」，以免陷入無限期限或不定期限「限制人民自由權利之限制」。就以本案七十六年十月二十一日公告變更主要計畫書起禁建至今即將邁入整整七年，在此期間雖有八十年六月六日發布實施細部計畫書，但因受到主管建築機關主觀見解繼續禁建之故，業已演變成無限期或不定期禁建。與同一竹南頭份聯合都市計畫區內之其他住宅區之細部計畫發布實施即能獲得主管建築機關核發建築執照相比，可顯示主管建築機關行政有失公平性，其原因為主管建築機關及法院之用法不當及對禁建期限之認知有歧異所致。是故，上述最長禁建期限應為「強制規定」，方符合法律保留原則及憲法第二十三條之意旨。
5. 依據都市計畫法第四十條：「都市計畫經公布實施後應依建築法之規定，實施建築管理。」及建築法第三十三條：「主管建築機關收到起造人申請建造執照之日起十日內審查完竣，合格者即發執照」之規定，及本案建築基地至今既未

依據都市計畫法第五十八條第二項及都市土地重劃實施辦法第九條規定發布公告實施市地重劃。苗栗縣政府七十六年十月二十一日七十九府建都字第九三二六六號函公告變更主要計畫書附帶條件：「(1) (2)以市地重劃方式開發。」中亦未表明同時依都市計畫法第五十八條第四項規定，一併公告該基地因實施市地重劃開始實施禁建一年六個月，甚至到今也未另行依法發布公告實施市地重劃開始禁建一年六個月。事實上，目前當地也未開始辦理市地重劃工程作業，而且聲請人申請核發建築執照之建築基地不占用都市計畫變更主要計畫及細部計畫中任何預留之公共設施用地，而是細部計畫中之純住宅區建築用地。因此，建築自用住宅一棟，絕不發生妨害公共利益或妨害將來市地重劃工程作業之進行等問題，聲請人於法、依理、於情應可獲准發照建築。或許行政機關擔心若發照建築後，將來市地重劃時，發生負擔公共設施用地及重劃費用，縮減土地面積等問題。其實此等問題均為杞人憂天而已，實務上，行政機關可將本案新建築物一併歸納為實際開始實施市地重劃規劃作業前既有建築物，通通依據平均地權條例第六十條第一項：「依本條例規定實施市地重劃時，區內供公共使用 等十項用地，除以原公有道路、溝渠、河川及未登記地等四項土地抵充外，其不足土地及工程費用與貸款利息，由參加重劃土地所有權人按其土地受益比例共同負擔，並以重劃區內未建築土地折價抵付。如無未建築土地者，改以現金繳納。其限期繳納而逾期不繳納者，得移送法院強制執行。」及都市土地重劃實施辦法第三十三條第一項：「重劃後實際分配之土地面積超過應分配之面積者，辦理重劃機關應於重劃土地交接後一個月內通知土地所有權人，就其超過部分，按評定重劃後地價限期繳納差額地價，逾期未繳納者，依民事訴訟法督促程序規定，聲請法院以督促程序發支付命令 」。即可，何來問題之有？若行政機關認為照上述兩個法條處理還是麻煩，就應該發布實施土地地區細部計畫同時依法發布禁建公告實施以市地重劃方式開發及規定開發完成期限，做好期限內完成開發工作，就不致有

拒發照建築執照，牴觸憲法情事。本案建築基地由行政機關無法律依據，無理禁建即將滿七年，聲請人申請核發建築執照被行政機關拒發建築也已達四年有餘，依法、依理、依情均不合。若行政機關認為對本案之處分無違誤，一意孤行不發建築執照供聲請人建築，又任意拖延不早實施市地重劃，限期重劃完成開發，或不及時辦理都市計畫通盤檢討，取消變更主要計畫附帶條件：「(2)以市地重劃方式開發」規定，則聲請人獲得該建築基地之建築執照遙遙無期，聲請人之財產權受到不當侵害莫此為深，且有失社會之公平原則，應已牴觸憲法第十五條之宗旨。為此懇請 鈞院鑒核，賜准解釋憲法，以維人民權利，至感德便。

#### 四、關係文件之名稱及件數

- 文件一：苗栗縣政府七十六年十月二十一日七六府建都字第九三二六六號公告影本乙份。
- 文件二：同右公告附圖影本（部分）乙份
- 文件三：苗栗縣政府八十年一月四日八十府建管字第一三一三〇八號函影本乙份。
- 文件四：苗栗縣政府八十年六月六日八十府建都字第五六七八七號公告抄本乙份。
- 文件五：八十一年四月六日訴願書影本乙份。
- 文件六：台灣省政府八十一年七月四日八一府訴一字第三五三九九號訴願決定書影本乙份。
- 文件七：八十一年七月二十二日再訴願書影本乙份。
- 文件八：內政部八十一年十月八日台（八十一）內訴字第八一〇四〇四一號再訴願決定書影本乙份。
- 文件九：八十一年十二月十日行政訴訟起訴書影本乙份。
- 文件十：八十二年一月四日苗栗縣政府答辯狀影本乙份。
- 文件十一：行政法院八十二年七月三十一日八十二年度判字第一七九〇號判決書影本乙份。
- 文件十二：八十二年九月十五日行政訴訟再審之訴，再審書狀影本乙份。

文件十三：行政院八十二年十一月十八日八十二年度判字第二五八五號判決書影本乙份。

文件十四：內政部七十三年八月十五日台內密伯營字第三三七五號函影本乙份。

文件十五：內政部七十七年五月三十一日台內營字第五九八九四六號函影本乙份。

文件十六：內政部七十七年十月二十四日台內地字第六四二九一〇號函影本乙份。

謹 呈  
司法院 公鑒

聲請人 黃〇階

中 華 民 國 八 十 三 年 九 月 二 十 五 日

附件十一：

行政法院判決

八十二年度判字第一七九〇號

原 告 黃〇階（住略）

被 告 苗栗縣政府

上當事人間因建築執照事件，原告不服內政部中華民國八十一年十月八日台(81)訴字第八一〇四〇四一號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告於民國七十九年十一月二十五日向被告申請坐落苗栗縣頭份鎮頭份段一小段〇〇〇地號土地上興建住宅一棟，因該地號土地位於苗栗縣竹南頭份聯合都市計畫（土牛地區細部計畫）住宅區內，前經被告以七十六年十月二十一日府建都字第九三二六六號函公告核定該住宅區依變更計畫說明書規定附帶有：(1)應另行擬定細部計畫，除主要計畫之公共設施外，依規定配置必要之公共設施用地，並俟細部計畫完成法定程序後，始准予發照建築。(2)以市地重劃方式開發。被告因

有上開限制規定之疑義，乃報請台灣省政府建設廳釋示，經該廳七十九年十二月二十二日以七九建四字第四九三四八號函釋復，應依據內政部七十三年二月二十日台內營字第二一三三九二號函釋辦理，即本件應依上開計畫說明書附帶規定辦理後，始得准予發照建築。被告乃以八十年一月四日八十府建管字第一三一三〇八號函否准原告之申請。嗣後，竹南頭份都市細部計畫經台灣省政府核定，被告乃以八十年六月六日八十府建都字第五六七八七號函公告自民國八十年六月七日零時發布實施。並敘明在實施地區應依照建築法、都市計畫法等有關法令規定實施建築管理。旋原告又多次向被告申請建造執照，均為被告以：「 俟細部計畫完成法定程序後始准發照建築，且需以市地重劃方式開發 」等理由駁回，原告不服，提起訴願、再訴願遞遭決定駁回，乃提起行政訴訟。茲將兩造訴辯意旨，摘敘於次：

原告起訴意旨略謂：一、緣系爭建築基地座落苗栗縣頭份鎮頭份段一小段地號原為竹南頭份聯合都市計畫農業區之一部分，經被告於七十六年十月二十一日七六府建都字第九三二六六號函公告，核定變更為住宅區。二、原告依據都市計畫法第十七條第二項後段規定，於七十九年十一月二十五日向被告申請前揭系爭建築基地之建築執照。因前揭變更計畫書、圖有附帶條件：(1)應另行擬定細部計畫，除主要計畫之公共設施外，依規定配置必要之公共設施用地，並俟細部計畫完成法定程序後，始准予發照建築。(2)以市地重劃方式開發。被告有疑義，乃報請台灣省政府建設廳釋示，經省建設廳七十九年十二月二十二日七九建四字第四九三四八號函釋復，應依據內政部七十三年二月二十日七十三台內營內字第二一四三三九二號函釋辦理。被告遂以八十年一月四日八十府建管字第一三一三〇八號函否准原告之建築執照申請。三、嗣後，被告於八十年六月六日八十府建都字第五六七八七號函公告，竹南頭份都市計畫（土牛地區細部計畫）擬定計畫書、圖自八十年六月七日零時發布實施。原告乃多次依法向被告陳情申請建築執照，均被被告「 依八十年一月四日八十府建管字第一三一三〇八號函辦理。」為由否准發照建築，訴願、再訴願決定亦以相同理由，遞予維持。四、按「依都市計畫法第十七條第二項後段規定『 主要計畫發布已逾二年以上，而能確定建築線或主要公共設施

已照主要計畫興建完成者，得依有關建築法令規定，由主管建築機關指定建築線，核發建築執照。」此所指『得依有關建築法規定核發建築執照。』乙節，並非強制規定，因之，即使主要計畫發布實施已逾二年，如其計畫書內有規定如主旨所敘者，人民申請建築執照，自可據以不准。」內政部七十三年二月二十日七十三台內營字第二一三三九二號函釋有案。首揭函釋「如計畫書內有規定如主旨所敘者」乙節，所指「主旨」係指台灣省政府建設廳七十三年三月一日七三建四字第〇五一號函之主旨「關於都市計畫主要計畫書內規定『應擬定細部計畫後，始得申請建築使用，並應儘可能以市地重劃方式辦理，以取得公共設施用地』，上開地點於細部計畫尚未發布實施前，是否可據以禁止人民申請建築乙案，請依內政部核示辦理」而言。又同函釋所指「所敘者」為上開省建設廳函主旨前段「應擬定細部計畫後，始得申請建築使用，並應儘可能以市地重劃方式辦理，以取得公共設施用地」，為該主旨請釋之前提事項，主旨後段「上開地點於細部計畫尚未發布實施前，是否可據以禁止人民申請建築。」為該主旨請釋之疑義要點而言。主旨前後段之前提事項及疑義要點前後配合後，建築管理主管機關始斟酌個案情況決定「可據以不准發照建築」或「可發照建築」。換言之，細部計畫尚未發布實施地點，可據以不准發照建築。至於細部計畫已發布實施地點，因無疑義（未請釋示）依照都市計畫法第十七條第二項後段規定可發照建築。因之，前揭系爭建築基地業經前揭八十年六月六日八十府建都字第五六七八七號函公告土牛地區細部計畫，依法完成法定程序，並自八十年六月七日零時起發布實施，已無前揭省建設廳函主旨後段「上開地點於細部計畫尚未發布實施前」之疑義要點存在，自不能與前揭內政部七十三年二月二十日七十三台內營字第二一三三九二號函釋相提並論，應依法發照建築。被告及原訴願決定機關所為之原處分及原訴願決定均無法律依據，為不合法。五、前揭七十六年十月二十一日七六府建都字第九三二六六號函公告，變更計畫書、圖表明附帶條件：(1)應另行擬定細部計畫，除主要計畫指定之公共設施外，依規定配置必要之公共設施用地，並俟細部計畫完成法定程序後始准予發照建築。(2)以市地重劃方式開發。因為依據都市計畫法第十五條第一項

第十款規定主要計畫得就該計畫之其他應加表明之事項之規定而加入者，自無可厚非。惟上揭所加表明事項，除文字表面上所表明之意思之外，附帶條件第(1)項尚隱含明確表達有條件禁建之意思在內，但前揭系爭建築基地，經前揭八十年六月六日八府建都字第五六七八七號函公告，土牛地區細部計畫擬定計畫書、圖，自八十年六月七日零時起發布實施，解除禁建，前揭系爭建築基地不再受本第(1)項之有條件禁建。而附帶條件第(2)項不但祇依都市計畫法第五十八條第一項「縣（市）（局）政府為實施新市區之建設，對劃定範圍內土地及地上物得實施區段徵收或土地重劃。」之規定，表明彈性選擇開發方式為「(2)以市地重劃方式開發」而已。完全未以文字依據民法第九十九條第二項「附解除條件之法律行為，於條件成就時，失其效力。」之規定表明如：「(2)以市地重劃方式開發完成後，始准予發照建築。」或如：「本變更計畫，應俟下列各附帶條件完成後，始准予發照建築。附帶條件：(1) (2)以市地重劃方式開發」等充分明確表達隱含有條件禁建意思。亦即本第(2)項完全無表明禁建意思。因之，前揭變更計畫書、圖附帶條件第(2)項對前揭系爭建築基地完全無禁建效力。前揭原再訴願決定機關內政部八十一年十月八日台(81)內訴字第八一〇四〇四一號內政部訴願決定書，理由：「應依該住宅區變更計畫說明書規定辦理（即以市地重劃方式開發）後，始准予發照建築」乙節，其文字所表達意思與前揭變更計畫書、附帶條件之文字所表達意思，截然不同，且該節無具有法律效力之出處。原再訴願決定機關，據此駁回再訴願於理、於法不洽。請庭上命被告提出該節文字之出處作為審理之參考。請庭上向被告調閱前揭住宅區變更計畫書、圖原卷查證以明何者為虛實。六、查與市地重劃有關之土地法、都市計畫法、實施都市平均地權條例、建築法、都市土地重劃實施辦法等法規均無明文規定，市地重劃地區應強制禁建，或市地重劃方式開發範圍，地區確定同時應強制實施禁建。惟都市計畫法第五十八條第四項「土地重劃之範圍，選定後，直轄市、縣（市）（局）政府得公告禁止該地區之土地 新建、增建、改建 但禁止期間不得超過一年六個月」同法第八十一條「依本法新訂都市計畫、擴大都市計畫、變更都市計畫時得先行劃定計畫地區範圍 得禁止在該地區範

圍內一切建築物新建、增建、改建。前項禁止期限。但最長不得超過兩年。」此兩條法律均為彈性規定。因之，前揭系爭建築基地之變更計畫書、圖及擬定細部計畫書、圖發布實施時及實施後，既未依前揭都市計畫法第八十一條及同法第五十八條第四項規定公告實施禁建，及前揭變更計畫書、圖、細部計畫書、圖、附帶條件「(1) (2)以市地重劃方式開發。」乙節，未表明禁建意思，已敘明如前第五項系爭建築基地何來禁建之有？被告經人民申請至系爭建築基地之建築執照時，自應負責依法發照建築。七、前揭系爭建築基地無禁建，且經人民申請建築，應依法發照建築之理由，除已詳述如前第五、六項外，今退一步言之，縱令前揭系爭建築基地經前揭七十六年十月二十一日七六府建都字第九二二六六號函公告，變更計畫書、圖自七十六年十月二十二日起發布實施時，雖未依都市計畫法第八十一條規定同時公告禁建，勉強將該變更計畫書、圖附帶條件：「(1) (2)以市地重劃方式開發。」乙節，假設視同含有禁建意思之公告，則自七十六年十月二十二日起至今為止已整整五年有餘，早已逾同法第八十一條第二項「前項禁止期限。但最長不得超過兩年。」之規定，禁建早已期滿，自動解禁。原處分機關自不得再未依變更計畫書、圖附帶條件：「(2) 以市地重劃方式開發」否准發照建築。原訴願決定機關、原再訴願機關，以相同理由決定駁回訴願、再訴願，依法不洽。八、再退一步言之，前揭系爭建築基地，縱使於前揭八十年六月六日八十府建都字第五六七八七號函公告，土牛地區細部計畫書、圖自八十年六月七日零時起發布實施時，雖未依前揭都市計畫法第五十八條第四項規定一併公告該細部計畫地區同時實施禁建，勉強將土牛細部計畫書、圖記註：「(1)本地區依照市地重劃方式辦理(2) 。」乙節，假設視同含有禁建意思之公告，令前述第七項理由自動解禁，可核發建照建築之系爭建築基地，因土牛地區細部計畫之公告發布實施，重新禁建。則依前揭都市計畫法第五十八條第四項規定自八十年六月七日發布實施細部計畫日起至八十一年十二月六日止禁建期滿一年六個月，禁建期滿，自八十一年十二月七日自動解禁。前揭系爭建築基地無禁建，經人民申請建築，建築管理主管機關應依法核發建築執照予人民建築，理至明顯。九、前敘第七、八項為假設

形式，假設前揭變更計畫及其後之細部計畫書、圖附帶條件：「(2)以市地重劃方式開發。」乙節，於公告發布實施時被視同含有禁建意思同時一併開始實施禁建成立（按：此為假設事項，事實上絕不能成立，即使以行使行政裁量權，亦因依法不合不能成立），其最長禁建期限，依據中央法規標準法第十一條：「命令不得牴觸憲法或法律」之規定，絕不允許其超過都市計畫法第五十八條第四項規定之一年六個月，同法第八十一條第二項規定之兩年。否則依前揭都市計畫法第五十八條第一項「新市區之建設得實施區段徵收或土地重劃。」中選定之「以市地重劃方式開發。」經被告依同法第十五條第一項第十款之規定，表明於該住宅區變更計畫書、圖附帶條件中，立即變為無限期超級禁建條款，破壞法律秩序無餘。因之裁量權之裁決不得違法，法律優於裁量權原則，必須予以絕對尊重，以防止裁量權過度膨脹，保障人民自由處分、使用自有財產之自由權、財產權之完整。十、原告祇對被告於處理人民申請建築核發建築執照過程時，執行前揭七十六年十月二十一日七六府建都字第九三二六六號函公告土牛地區細部計畫書、圖及前揭八十年六月六日八十府建都字第五六七八七號函公告土牛地區細部計畫書、圖附帶條件：「(1) (2)以市地重劃方式開發。」錯誤引用前揭內政部七十三年二月二十日七十三台內營字第二一三三九二號函，對都市計畫法第十七條第二項後段規定函釋。致原告權益受損，提起訴願，請求改用適當法規條文發照建築，以救濟而已。原告從未對前揭都市計畫變更計畫，及其後之細部計畫公告之實質內容、計畫結構，提出非難、異議或訴願要求再變更計畫等。應不致與原訴願決定書，理由：「一、司法院大法官會議議決釋字第一五六號解釋。行政院六十九年十一月八日台六十九訴字第一四一四三號函釋」相牴觸。原訴願決定書指摘原告，提起訴願，即程序有未合，尚非事實。綜上所述，原告一再申請陳情請求被告發照建築，均被錯誤引用法律條文及其函釋，處分否准發照建築。提起訴願，亦被以與被告同一理由駁回。提起再訴願，又被以不合理的解釋都市計畫變更計畫書、圖附帶條件之內容意思，駁回再訴願，致原告之權益受損，未獲得保障。不得已提起本訴，懇請撤銷原處分及訴願、再訴願決定，以保權益等語。

被告答辯意旨略謂：原告申請坐落頭份鎮頭份段一小段〇〇〇地號（係屬竹南頭份土牛地區細部計畫住宅區內）建造執照。唯本案76.10.21府建都字第九三二六六號函公告核定該住宅區依變更計畫說明書規定(1)應另行擬定細部計畫，除主要計畫指定之公共設施外依規定配置必要之公共設施用地，並俟細部計畫完成法定程序後准予發照建築。(2)以市地重劃方式開發。本案八十年一月四日(80)府建管字第一三一三〇八號函依據台灣省政府建設廳79.12.22建四字第四九三四八號函辦理。擬定竹南頭份都市計畫（土牛地區細部計畫）案經台灣省政府核定八十年六月六日(81)府建都字第五六七八七號函公告實施，於八十一年三月廿一日(81)府建都字第二七七〇七號函依據台灣省地政處土地重劃工程規劃總隊81.3.6(81)地劃三字第一七九三號函辦理，測定樁位座標成果表公告及頭份地政事務所辦理地籍圖分割。台灣省政府訴願決定書、內政部訴願決定書、台灣省政府七十年一月六日(70)府訴秘字第一二五六五〇號函為關於都市計畫之擬定或變更得否提起訴願一案轉送行政院六十九年十二月八日台69訴一四一四三號函請照釋示辦理，原處分並無不合，請駁回原告之訴等語。

#### 理 由

按「依都市計畫法第十七條第二項後段規定，『主要計畫發布已逾二年以上，而能確定建築線或主要公共設施已照主要計畫興建完成者，得依有關建築法令之規定，由主管建築機關指定建築線，核發建築執照』，此所指『得依有關建築法令之規定核發建築執照』乙節，並非強制規定，因之，即使主要計畫發布實施已逾滿二年，如其計畫書內有規定如主旨所敘者，人民申請建築執照，自可據以不准。」內政部七十三年二月二十日台內營字第二一三三九二號函釋有案，又台灣省政府建設廳七十九年十二月二十二日七九建四字第四九三四八號函釋「本案該住宅區依變更計畫說明書規定：『應另行擬定細部計畫，除主要計畫指定之公共設施外依規定配置必要之公共設施用地並俟細部計畫完成法定程序後始准予發照建築，以市地重劃方式開發。』依本廳函轉內政部七十三年二月二十日七十三台內營字第二一三三九二號函示規定，本案應依說明書規定辦理，始得准予發照建築。」本件原告所申請坐落苗栗縣頭份鎮頭份段一小段〇〇〇地號土

地之住宅建築執照，雖屬竹南頭份聯合都市計畫住宅區，惟因被告機關 76.10.21 七六府建都字第九三二六六號變更都市計畫公告，曾依同法第十五條第一項第十款之規定，在變更計畫說明書定明附帶條件：(1)應另行擬定細部計畫，除主要計畫指定之公共設施外，依規定配置必要之公共設施用地，並俟細部計畫完成法定程序後始准予發照建築。(2)以市地重劃方式開發。因市地重劃尚未完成，則原處分函復應依該住宅區變更計畫說明書規定辦理後，始得准予發照建築，而否准發照，揆諸首揭規定，尚無不合，訴願、再訴願決定遞予維持，亦無違誤。原告雖一再主張：苗栗縣竹南頭份（土牛及港墘地區）都市計畫通盤檢討，經被告機關公告發布主要計畫，該地區由農業區變更為住宅區後尚在限建狀態。但被告機關八十年六月六日八十府建都字第五六七八七號函公告發布土牛地區實施細部計畫時，並未依都市計畫法第五十八條第二項、第四項規定一併公告發布同地區要同時市地重劃而需繼續限建或禁建之情形下，該地區自八十年六月七日零時起應依法解除限建、禁建。除非另有需要再發布限建、禁建公告，否則任何人均可在該地區依據建築法、都市計畫法及其他有關法令規定申請建照建築。且查法亦無明文訂定細部計畫發布實施後，其都市計畫道路中心樁位未測釘完竣者，不得發照建築，尤其原告申請建築基地位於竹南頭份都市計畫五號既成主要計畫道路旁，該主要計畫道路中心樁位於許多年前測釘完竣，並已公告測釘成果圖，隨時可根據該測釘成果圖在現場找到 C 一七〇九、C 一七〇九 - 一及 C 一七一〇 號道路中心樁位指定建築線，且被告機關曾接受原告申請派員指定建築線，於七十九年十月十九日以七九府建都市第一〇七九二二號函通知原告領取該基地建築線成果圖可資證明；同時該基地又不占用公共設施用地，縱認被告就核發本案建造執照有行政裁量權，依都市計畫法第五十八條第四項規定，其禁建期間不得超過一年六月個月，如依同法第八十一條規定其禁建期限亦最長不得超過兩年。前揭細部計畫公告時既未同時公告禁建，被告自應依法發照建築云云。惟查，原告既不否認被告就系爭地發照建築具有行政裁量權，參酌上述期間限制，應非毫無彈性之強制規定，而前揭細部計畫於 80.6.6.八十府建都字第五六七八七號函公告後，隨即於同函命地政科依計畫書所載事業及財務計

畫辦理市地重劃，有該函影本附卷可稽，則被告於執行前揭變更都市計畫附帶條件期間（「(2)依市地重劃方式開發」），於市地重劃未完成前，函復原告「應依該住宅區變更計畫說明書規定辦理後，始得發照建築」而否准所請，以避免先發照建築後，於市地重劃整合分配時，因負擔公共設施用地及重劃費用，而縮減土地面積，另發生新問題，於法、於情、於理均核無不合。原告猶執前詞斤斤指摘，難謂有理。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 二 年 七 月 三 十 一 日  
（本聲請書其餘附件略）

# 司法院釋字第四〇七號解釋

中華民國 85 年 7 月 5 日

院台大二字第 13237 號

## 解 釋 文

主管機關基於職權因執行特定法律之規定，得為必要之釋示，以供本機關或下級機關所屬公務員行使職權時之依據。行政院新聞局中華民國八十一年二月十日（八一）強版字第 0 二二七五號函係就出版品記載內容觸犯刑法第二百三十五條猥褻罪而違反出版法第三十二條第三款之禁止規定，所為例示性解釋，並附有足以引起性慾等特定條件，而非單純刊登文字、圖畫即屬相當，符合上開出版法規定之意旨，與憲法尚無牴觸。惟猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。至於個別案件是否已達猥褻程度，法官於審判時應就具體案情，依其獨立確信之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束，乃屬當然。

## 解釋理由書

法官依據法律獨立審判，憲法第八十條設有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，並不受其拘束。惟如經法官於裁判上引用者，當事人即得依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請解釋，業經本院釋字第二一六號解釋闡釋在案。本件確定終局判決係以行政院新聞局（八一）強版字第 0 二二七五號函為其認定事實之論據，經聲請人具體指陳上開函件有牴觸憲法之疑義，依上說明，應予受理。

出版自由為民主憲政之基礎，出版品係人民表達思想與言論之重

要媒介，可藉以反映公意，強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，為憲法第十一條所保障。惟出版品無遠弗屆，對社會具有廣大而深遠之影響，故享有出版自由者，應基於自律觀念，善盡其社會責任，不得有濫用自由情事。其有藉出版品妨害善良風俗、破壞社會安寧、公共秩序等情形者，國家自得依法律予以限制。

法律所定者，多係抽象之概念，主管機關基於職權，因執行特定法律，就此抽象概念規定，得為必要之釋示，以供本機關或下級主管機關作為適用法律、認定事實及行使裁量權之基礎。出版品是否有觸犯或煽動他人觸犯猥褻罪情節，因各國風俗習慣之不同，倫理觀念之差距而異其標準，但政府管制有關猥褻出版品乃各國所共通。猥褻出版品當指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之。

行政院新聞局依出版法第七條規定，為出版品中央主管機關，其斟酌我國社會情況及風俗習慣，於中華民國八十一年二月十日（八一）強版字第〇二二七五號函釋謂「出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪，以左列各款為衡量標準：甲、內容記載足以誘發他人性慾者。乙、強調色情行為者。丙、人體圖片刻意暴露乳部、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者。丁、刊登婦女裸體照片、雖未露出乳部、臀部或性器官而姿態淫蕩者。戊、雖涉及醫藥、衛生、保健、但對性行為過分描述者」，係就出版品記載內容觸犯刑法第二百三十五條猥褻罪，違反出版法第三十二條第三款之禁止規定，應依同法第三十七條、第三十九條第一項第三款及第四十條第一項第四款處罰所為例示性解釋，並附有足以誘發、強調色情、刻意暴露、過分描述等易引起性慾等特定條件，非單純刊登文字、圖畫即屬相當，以協助出版品地方主管機關認定出版法第三十二條第三款有關刑法妨害風化罪中之猥褻罪部分之基準，函釋本身未對人民出版自由增加法律所未規定之限制，與憲法尚無抵觸。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關

所為釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。

行政罰與刑罰之構成要件各有不同，刑事判決與行政處罰原可各自認定事實。出版品記載之圖文是否已達猥褻程度，法官於審判時應就具體案情，依其獨立確信之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束。本件僅就行政院新聞局前開函釋而為解釋，關於出版法其他事項，不在解釋範圍之內，併此說明。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

### 協同意見書

大法官 吳 庚

憲法第十一條規定：人民有言論、講學、著作及出版之自由，在學理上或統稱之為表現自由。允許人民公開發表言論、自由表達其意見，乃社會文明進步與閉鎖落後之分野，亦唯有保障各種表現自由，不同之觀念、學說或理想始能自由流通，如同商品之受市場法則支配（註一），經由公眾自主之判斷與選擇，去蕪存菁，形成多數人所接受之主張，多元民主社會其正當性即植基於此。又民主社會之存續及發展有賴於組成社會之成員的健全，一國國民祇有於尊重表現自由之社會生活中，始能培養其理性及成熟之人格，而免遭教條式或壓抑式言論之灌輸，致成為所謂單面向人（one-dimensional man）。憲法上表現自由既屬於個人權利保障，亦屬於制度的保障（註二），其保障範圍不僅包括受多數人歡迎之言論或大眾偏好之出版品及著作物，尤應保障少數人之言論。蓋譁眾取寵或曲學阿世之言行，不必保障亦廣受接納，唯有特立獨行之士，發為言論，或被目為離經叛道，始有特加維護之必要，此乃憲法保障表現自由真諦之所在。而個人有權選擇沉默，免於發表任何言論，自亦在保護之列，否則強迫「坦白」、「交心」等極權體制下蹂躪心靈之暴政將重現於今世。至於提供必要之設施，使言論、出版及著作等自由，得以充分發揮功能，並經由制

度的保障俾國民有接近使用媒體之權利（見釋字第三六四號解釋）及接受資訊之權利（the right to receive），復為國家無所旁貸之責任。若建立事先檢查之機制，使唯有執政者喜好或符合其利益之言論及出版品得以發表或流傳，其屬違反上開憲法意旨，應予禁絕之行為，實毋須辭費。

如所周知，美國制憲先賢對言論自由之重視，與其他自由相較，有過之而無不及，美國憲法增修條文第一條即開宗明義揭示：國會不得制定法律剝奪人民之言論及新聞自由（Congress shall make no law abridging the freedom of speech, or of the press）。彼邦自憲法實施二百餘年以來，其司法機關尤其聯邦最高法院，一方面履行其保障個人言論自由、新聞自由之崇高使命，一方面為維護公共秩序、防止他人之名譽、財產等法益因漫無限制之言論自由遭受損害，於從事違憲審查之際，建立各種判斷之尺度，以便衡量何種言論應充分保障，何種言論得加以必要限制（註三）。從一九五〇年代以還，聯邦最高法院成員中除 Hugo Black 及 William O. Douglas 二位之外，幾乎所有大法官皆認為猥褻物品非前述憲法增修條文所稱之「言論」或「新聞」（註四），但對如何判別猥褻性之文字圖畫，而決定其是否加以容許，則言人人殊，難有一致之見解。聯邦最高法院於審理相關案件時，曾努力尋求判斷猥褻或淫穢之標準，於是有所謂：（一）採地域標準或社區性標準，（二）依一般人而非特別敏感者之感受與反應，（三）明顯引起淫亂之興趣，（四）顯然惡劣，（五）全然欠缺補償性之社會重要性或無嚴肅之文學、藝術、政治或科學價值等各項因素，並出現合併斟酌或獨立衡量之不同裁判先例，但依然欠缺放諸四海而皆準之恆久性準則（註五）。一國之情形如斯，不同國度，不同之社會情況，對猥褻出版品之認定，寬嚴有別，乃屬當然。試以「查泰萊夫人之情人」（Lady Chatterley's Lover）一書為例，一九六〇年前後已分別在美英兩國取得合法地位，但日本之最高裁判所則認其為猥褻文書（註六），於此可見一斑。

與猥褻有密切相關之另一問題，即猥褻或色情與藝術之分際，無論在文字、圖片或電影等均經常發生。完全不具有文學或藝術性質之作品，而以刺激感官引發情慾為主題者，固然可視之為猥褻物品。但

誨淫之中又帶有文學或藝術內涵時，究應如何定位，亦屬難題。因為藝術在概念上不易界定，實有甚於猥褻或色情二字，藝術之領域寬廣，形形色色，不勝枚舉，凡依自由創作所形成之成果，經由物品或其他媒介傳達創作者之印象、經驗、靈感或想像者，莫不屬於藝術之一種。尤有勝者，晚近所謂前衛（avantgarde）藝術之盛行，更使其範圍廣闊無邊，在法律上欲對何種創作屬於藝術，設定普遍適用之標準，殆無可能（註七）。退而求其次，亦祇能就個別創作所顯現之內容或意境，與其對正常生活之影響加以衡判。又一項作品既有上述所描繪之藝術特性，同時亦被指為猥褻時，基於保障表現自由之憲法意旨，仍不能否定其藝術性質（註八）。若干國家遇有此種情形，法律設有兩全之解決途徑，將不適於少年閱讀之圖書經專家審議列入書單，並採分級包裝、陳列及販賣之方式處理，德國一九八五年七月十二日公布之關於危害少年書籍散布之法律（Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften），即屬可資參考之立法例。

本件所涉及之出版法，自民國四十七年立法之初，即爭議不斷。解嚴以來，政治上言論之禁忌已除，應如何配合社會情況之變遷，重建保障出版自由之制度，乃應予重視之課題，因不在本件解釋範圍，暫且不論。目前出版法仍有效施行，主管機關基於職責對猥褻出版品之認定，本諸適用不確定法律概念之法則，作成行政釋示，以避免各級政府之主管機關，漫無標準，任意取締，且其對象為營利性言論，與政治性言論無涉，故本席支持尚未達於違憲程度之多數意見。惟描述色情或性之文字圖畫等，並非當然構成猥褻而為法所不許，取捨之間，爭論必多。立法者及行政部門宜從根本上放棄「作之君」、「作之師」的心態，勿再扮演指導國民何者可閱覽，何者應拒讀之角色，須知民主政治之基石乃在於傳統自由主義之精神，而此種精神之前提為信賴人民有追求幸福之能力，而非仰仗官署之干預（註九）。在法規未通盤檢討修正前，為消除執法之爭議，中央主管機關宜設置諮詢委員會，邀集文學、藝術、法學、醫學及出版業各方面專家，以及不同宗教信仰或世界觀之人士，對發生爭議之出版品是否合於處罰之要件，逐案審查，提供有公信力之鑑定意見，並可減少與法院認定兩歧之情況出現，此類辦法在歐美國家早已行之有年，何躊躇之有？

附註：

註一：此稱為言論思想之自由市場理論 ( marketplace-of-ideas theory )，為美國聯邦最高法院大法官 Oliver W.Homes 於一項案件 ( Abrams V.United States, 250 U.S.616 ) 之不同意見書中所提倡，參照林子儀，言論自由與新聞自由，民國八十二年，二十一頁。

註二：關於制度的保障或制度性保障之概念起源及界定，參照本席釋字第二六八號之協同意見書，及李建良，論學術自由與大學自治之憲法保障，中研院人文及社會科學叢刊，第八卷第一期，民國八十五年三月，二七二—二八一頁。

註三：關於美國憲法增修條文第一條之適用，論者曾依言論之內容區分為十九種，第一類為上層言論，包括政治性、宗教性、經濟性及科學性等言論；第二類為中層言論，指娛樂性、音樂性、幽默性等言論；第三類為下層言論，指誹謗性、猥褻性、瀆神性及色情營利言論。上層言論受上述憲法條款之保障，中層言論以有無對社會造成「明顯而立即危險」為準，判斷其是否受保障，下層言論則以不受保障為原則。Cf. William B.Lockhart, Yale Kasmisar, Jesse H.Choper and Steven H.Shiffen, Constitutional Law, 7th ed., 1991, p.727. 並參照林世宗，美國憲法言論自由之理論與闡釋，民國八十五年，八十五頁。

註四：Paul E.Johnson, Gury J.Miller, John H.Aldrich, David W.Rohde and Charles W.Ostrom, Jr., American Government, 3rd ed., 1994. p.122.

註五：在聯邦最高法院諸多案例中，以 Roth v.United States, 354 U.S. 476 ( 1957 ) , Memoirs v.Massachusetts, 383 U.S.413 ( 1966 ) , Miller v.California 413 U.S.419 ( 1973 ) 等三案最為關鍵。Miller 一案係總統尼克森任命四位保守派大法官進入聯邦最高法院之後作成，故對猥褻之管制自此案之後，一度轉趨嚴格。上述案例參照 Daniel A Farber, William N.Eskridge, Jr. and Philip P.Frickey, Cases and Materials on Constitutional Law : Themes For The Constitution's Third Century, 1993, pp ,620-628. 中文著作可參閱法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，載於其論文集憲法專

論（一），民國七十四年六十五 一二〇頁；林世宗，前書，八十五 一〇四頁。

註六：參照法治斌，前書，一二三頁；蘆部信喜（李鴻禧譯），憲法，初版，民國八十四年，一八三頁。

註七：參照德國聯邦憲法法院判決 BVerfGE 30,173 (183f.)及 BVerfGE 67, 213 ( 226f. )

註八：參照上開法院判決 BVerfGE, EuGRZ 1991, S.33ff.

註九：連戰，民主政治之基石，民國六十三年，一 五十二頁；並參照法治斌，前引論文，註（八十四）。

### 不同意見書 大法官 孫森焱

憲法第十一條規定人民有言論、講學、著作及出版之自由。學者綜稱為意見自由。國家所以承認人民有此自由，乃因人民得藉以交換知識與思想，促進人民智識與道德之發達。民主政治的真諦既在寬容各種不同的意見同時存在，意見自由實為民主國家所承認人民享有的最重要的權利（看劉慶瑞著中華民國憲法要義六九頁以下）。此項基本權利，依憲法第二十三條規定，為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益之必要，得以法律限制之。因此，法律基於此項理由限制人民之基本權利時，必須考慮個人利益與社會公益之間二者之權衡問題，並以維護公共利益所必要且適當為要件。又立法限制人民之基本權利時，限制之範圍，應求明確，以防止行政機關恣意擴充其界限（看李建良著論公益概念具體化在立法及法律適用上之原則，刊於憲政時代十二卷三期）。行政機關就限制人民基本權利之法律依職權訂定解釋性行政規則者，其內容應具體明確而無逾法律所定之要件，尤無待言。

對於出版自由之限制，出版法第三十二條第三款規定出版品不得為觸犯或煽動他人觸犯褻瀆祀典罪或妨害風化罪之記載。其中所謂妨害風化罪之記載，惟刑法第二百三十五條規定之猥褻文字、圖畫或其他物品始足當之。是出版法第三十二條第三款規定出版品不得為觸犯妨害風化罪之記載，係指出版品不得有猥褻之內容。如有違反，依出版法第三十九條第一項第三款規定，得禁止該出版品之出售及散佈；

必要時並得予以扣押。其情節輕微者，依同法第三十七條規定，得予以警告；情節重大者，依同法第四十條第一項第四款規定得定期停止該出版品之發行。雖對猥褻出版品之處分，依其情節之輕重，為不同之規定，惟關於刑法第二百三十五條規定所謂「猥褻」之意義如何？直接關涉禁止出版品之出售、散佈及發行，以行政規則訂定「猥褻出版品」之構成要件時，自應力求嚴謹，毋乃當然。關此，多數意見通過之解釋文有云：「猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。」此與民國十七年十月十三日最高法院決議謂：「猥褻者，其行為在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之謂。」最高法院二十七年上字第五五八號判例謂：「所謂猥褻係指姦淫以外，有關風化之一切色慾行為而言。」係專指猥褻行為者，有所不同。構成刑法之猥褻罪，除猥褻行為外，尚須具備其他要件，觀刑法第二百二十四條以下之規定即明。若出版品之發行，則以傳播為目的，關於「猥褻出版品」之認定應針對其性質為確切之判斷。因而解釋文除謂「一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾」外，並謂應（一）引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，（二）有礙於社會風化為要件。學者法治斌於所著「論出版自由與猥褻出版品之管制」（刊於政大法學評論第二十九期）亦敘及「如非以噁心或下流之方式描寫或攝影性器官或性行為，則單純之刺激性慾，既與他人無涉，對自己亦未必有害，則為何須接受法律之制裁？」所謂「噁心」或「下流」殆與「羞恥或厭惡感」同義。解釋文並以一般人對於「性的道德感情」為衡量之標準。又刑法學者韓忠謨教授於所著刑法各論謂：「文明社會咸賴道德以維持風化，使男女性愛發乎情，止於禮，無背於公序良俗。」既云「發乎情」，而「飲食男女，人之大欲存焉」，則出版品之記載足以刺激或滿足性慾，原係順應「人之大欲」，刺激或滿足性慾本身，應不為罪。要者雖「發乎情」，仍須「止於禮」而「無背於公序良俗」，以維持風化是已。至於「性的道德感情」既以一般人為衡，若某也視之，心蕩神馳；某也則無動於衷，則為個人感受不同問題，法官固不得僅憑一己之見為獨立判斷之基準。所謂「一般人」亦應顧及成年人及青少年人之不同感

受，為不同之處置，方屬正辦。若成年人能予接受者，竟依青少年之觀感，全部禁止出售及散佈，「則全國之出版品又何異於兒童圖書館內之藏書或『救國團』之出版品？」（法治斌語，見上引文），行政院八十五年度判字第二〇號判決對於涉案之某書「於上市時已密封包裝，並於封面載明：『本書限年滿二十歲之讀者購買，為避免對未成年者可能造成之負面影響，嚴禁出售、出租、出示給未經父母同意之未成年者執有』等文字，」質疑如此情形何以違反出版法第三十二條第三款規定？因而撤銷地方新聞主管機關引用行政院新聞局八十一年二月十日（八一）強版字第二二七五號函釋意旨，依出版法第三十九條第一項第三款規定所為之行政處分。乃本件多數意見通過之解釋文猶謂行政院新聞局上開函與出版法第三十二條第三款規定之禁止要件相符，與憲法尚無抵觸。其理由為該函「附有足以引起性慾等特定條件，而非單純刊登文字、圖畫即屬相當」云云。惟查行政院新聞局函載：「出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪，以左列各款為衡量之標準：甲、內容記載足以誘發他人性慾者。乙、強調色情行為者。丙、人體圖片刻意暴露乳部、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者。丁、刊登婦女裸體照片，雖未露出乳部、臀部或性器官，而姿態淫蕩者。戊、雖涉及醫藥衛生保健，但對性行為過分描述者。」就中關於「足以誘發他人性慾」及「強調色情行為」二者，如竟列為衡量是否觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪之標準，無異以「性慾」及「色情」為惡，刻意壓抑「性」感之傳播，又何異倡導禁慾主義。終其極，則凡文字或圖畫涉及「性」者，遠者如「金瓶梅」、「肉蒲團」固無論矣，即近者於報章雜誌刊載之小說描述色情細膩而入微者，豈非全在禁售之列。然而此類書刊果得依公權力禁絕乎？觀中原之古代「性」書於台灣之夜市場地攤上，隨時可以購得翻印本，且此類書籍於中國文學上占有一席之地，思過半矣。再丙項所稱圖片，觀諸傳播媒體刊登之男女廣告照片，暴露乳部、臀部者，已非罕見，如何一概禁止？又一時興起之黏巴達舞舞姿豈非極盡挑逗之能事？其照片能謂「姿態」不「淫蕩」乎？抑有進者，夫妻能互相歡愉性生活的樂趣，斯為維持家庭幸福美滿生活的重要因素，文學上讚美男女間享受魚水之歡之作品，不能因

其強調色情而否認為文學作品，藝術家繪製表現人體之美之逸品，亦不能因其暴露肉體而指為猥褻而予禁止。刑法學者周治平於所著刑法各論有云：「真正藝術作品因處理方法關係，有時亦可能有猥褻性」（看同書四八六頁），旨哉斯言。然則藝術與猥褻之分際何在？本件多數意見通過之解釋文亦謂「應就出版品整體之特性及其目的而為觀察」，不可一概而論，自屬的論。至於為醫藥衛生保健而介紹性行為，其描述詳盡而圖文並茂者，既以提供夫妻尋求幸福之途徑為目的，又何罪之有？行政院新聞局上開函未遑深研猥褻出版品之含義，亦未區分成年人及青少年人不同層次之人對於色情出版品感受程度有所不同，未循分級管制之途徑，遽以抽象簡單之原則列為取締之標準，其不當，已不言而喻。解釋文後段對此已有發覺，除就「猥褻出版品」說明詳盡的意義外，並提示法官於審判時應就個別案情，依其獨立確信之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束。另方面竟仍宣示行政院新聞局上開函釋與憲法尚無牴觸，殊屬矛盾。

日儒末弘嚴太郎於一九二二年六月發表「公務員的頭腦」一文，對於日本海關官吏將旅客攜帶入關意大利畫家波提且利於一四八二年所繪「春」複製品予以沒收，慨嘆公務員的格調低俗、變態（收錄於「謊言的效用」）。其文曰：「『春』予人神秘的感覺，又帶有憂鬱的沈重的孤寂感。其柔和的色彩與人感懷的心情。」末弘嚴太郎如此形容初次見到此畫的感受。繼謂：「如果看到此畫而萌生猥褻的感覺，或竟感受若干劣情者，毋寧為相當低級的非正常人。海關官吏如不理會旅客的解說，竟毫無道理將其沒收，實為相當低級而變態的趣味與性慾的人，或特別具有惡意所為」云云。藝術耶？猥褻耶？學者與公務員的認知差距竟如此懸殊，行政機關以行政規則訂定認定猥褻出版品之衡量標準，即不能不審慎從事。賦與公務員得憑一己之見，恣意擴充限制出版自由之範圍，當為法治國家所不取。

### 不同意見書                      大法官 蘇俊雄

行政主管機關基於職權，就所執行法律之規定，固得為必要之釋示，以供本機關或下級機關所屬公務員行使職權時參考；惟從中央與地方權限劃分之觀點而言，尚不得逕以行政法學總論之觀點，一概肯

認此等「解釋性行政規則」，而必須進一步檢討中央行政機關下達函釋，有無違反地方自治保障之問題。又系爭之行政院新聞局（八一）強版字第0二二七五號函，實已扭曲了出版法第三十二條第三款的規範意旨，而與憲法第十一條、第二十三條、第一七二條等所揭示之保障出版自由之意旨、以及比例原則、明確性原則、法律優位原則等憲法位階之原理原則相牴觸，應屬無效。此項解釋原則與多數意見通過之解釋文及解釋理由，法理見解不同，爰提不同意見書，說明理由如後：

一、行政院新聞局依出版法第七條之規定，固為出版法制的中央主管機關；但其是否得下達行政規則以拘束省（市）及縣（市）政府對於出版法的解釋與適用，仍應先就出版法制的中央與地方之權限劃分，進行討論。蓋依據省縣自治法之規定，省新聞事業、縣（市）新聞事業，分別為省、縣（市）之自治事項（參照該法第十二條第二十六款、第十三條第二十六款）；直轄市自治法亦規定市新聞事業，為直轄市自治事項（參照該法第十一條第二十七款）。此際所言之「新聞事業」，是否包括出版事項之規制，毋寧值得論證檢討。即便專就出版法而論，該法第六章有關行政處分之規定，僅於第四十條第二項有關「定期停止發行處分」、第四十一條第一項有關「撤銷登記」以及第四十三條第一項有關「禁止進口」等部分之規定，有提及行政院新聞局；其餘之行政處分（主要是出版法第三十七條至第三十九條所規定之警告、罰鍰以及禁止散布或扣押等處分），解釋上均應屬地方政府之權責。出版法施行細則第二十九條，並明示「出版品之內容應由地方主管官署負責審查」，應可進而確認-有關出版品的行政管制，有部分屬於地方自治團體的自治事項（法律賦予的自治事項）。就此而言，行政院新聞局，就地方政府對於出版法第三十二條第三款的解釋適用，以下達解釋性行政規則的方式行「適當性監督」，毋寧有逾越其自治監督權限之疑義（註一）。

多數意見通過的解釋文及解釋理由，未就出版法制之權限劃分問題，進行檢證，而逕依行政法學總論之原則，肯定行政院新聞局下達系爭函釋之權限；此在論理上應存有缺失，尚難贊同。

二、即使吾等不論行政院新聞局是否有權下達此等函釋，拘束地方政府對於出版法第三十二條第三款之解釋適用的問題；在規範審查上，仍應就該系爭函釋的具體內容，有無牴觸憲法保障出版自由之意旨或有無逾越出版法之規範意旨等問題，進行論證檢討。由於系爭規範涉及對人民表現自由之規制，並應適用較嚴格之審查基準進行規範控制（註二）。多數意見就此未加詳論，即肯定該函釋之合憲性，而僅抽象地表示對規範內容之意見；此就解釋原則與審查方式而言，實難予以贊同。謹就主要論點，分析如次：

1. 國家對於出版自由之管制，理論上固不限於其能以刑法規範由司法機關為審查決定；行政機關基於法律之授權，亦得以行政處分之方式進行管制。惟管制之目的，必須合乎憲法第二十三條所揭示之公益原則；管制方式之選擇，亦必須合乎比例原則等之要求。司法院釋字第一〇五號解釋，雖已肯認出版法第四十條、第四十一條規定，由行政機關逕行處理，合乎憲法第二十三條所定必要情形；但就限制出版自由的核心問題，此號解釋實欠缺比例原則之論證。此項威權體制下之見解，自有重新審酌變更之必要（註三）。

依出版法第三十二條第三款之規定，出版品不得為觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，違反此項規定者，行政機關得依同法第三十七條規定予以警告；或依第三十九條規定禁止其出售及散布，並於必要時予以扣押；或依第四十條規定定期停止其發行；或依第四十一條規定予以撤銷登記；主管機關依同法第四十二條規定，並得予以沒入。此外，就國外發行之出版品，行政院新聞局亦得依出版法第四十三條規定禁止其進口。此等規定構成了我國出版法制對於出版品內容（此際尤其是針對「猥褻出版品」而言）的行政管制。

僅基於意義抽象不明確的「善良風俗」，而對出版品之內容進行上述效果相當強大的行政管制，是否合乎憲法保障出版自由之意旨，以及憲法第二十三條所揭示之公益原則與比例原則，毋寧非常需要深入檢討。蓋「猥褻出版品」固然有管制的需要，但管制的目的，應限於「保障他人免於猥褻物品干擾之

自由」以及「保護青少年的健全發展」，方具有正當性（註四）；而若從此兩項目的觀察，動輒以行政管制使出版品完全喪失流通之機會，無疑有違必要性原則。按以禁止廣告推銷、禁止公開販售的方式，即可達到不強迫他人接受色情資訊的規範目的；以圖書分級制度等方式，亦可達到保護青少年之目的，二者均無全面禁止發行之必要。就此而言，出版法第三十九條至第四十三條等規定，合憲性毋寧有相當大之疑義；該等規範之合憲性問題未於聲請解釋的範圍內，毋寧至為可惜。

2. 退而言之，即便吾人肯認上述法律的合憲性，對於規制該等規定之解釋適用的法規範，仍必須進行審查與控制，以確保該法秩序整體的合憲性。

系爭行政院新聞局（八一）強版字第0二二七五號函，係就出版法第三十二條第三款所稱之「妨害風化」，提出行政機關的認定標準；而出版法第三十二條第三款規定，則是做為同法第三十七條、第三十九條至第四十三條等各種行政處分的主要構成要件之一。惟行政機關下達該項函釋的前提，應在於行政機關依出版法第三十二條第三款之規定，有自行認定所謂「獨犯或煽動他人觸犯妨害風化罪」之權限。在檢討該函釋內容之問題前，毋寧有就此先決問題進行檢討之必要。

關於行政機關是否有權自行認定出版法第三十二條第三款所定構成要件，而不待普通法院之刑事判決認定結果的問題，雖然是法律解釋的問題，但是仍必須合乎比例原則等法治國家之憲法位階的原理原則。而從比例原則之觀點而言，由於出版法第三十九條以下所設定之行政處分，對於出版自由構成相當強烈的干預限制，具有使出版品完全喪失於市場上流通之機會的效果；若要維持其目的與手段之間的相當性，必然須就其構成要件做嚴格的限定，以避免對出版自由作出不必要的限制。就此而言，如果出版法第三十二條第三款所定的構成要件，可以不論該出版品是否達到違反刑法第二三五條「散佈販賣製造猥褻文書圖畫罪」之程度，不以刑事法院有罪判決之宣告為限，而任由行政機關自行認定、適用的話，則我們勢必無法確

保行政機關發動各種強烈之行政管制措施的必要性。蓋如果一出版品未被刑事法院認定為是「猥褻出版品」的話，即表示此際尚無以刑法規範的法益保護需要性；此際如果仍可任由行政機關發動各種較諸刑法制裁規範有過之而無不及的強烈行政管制措施（例如出版法第三十九條的禁止出售、散布或扣押），無疑輕重失衡，造成對人民之出版自由不必要的限制。

換言之，基於構成要件與法律效果的整體判斷，出版法第三十二條第三款並沒有可任由行政機關自行認定何謂出版品之記載觸犯妨害風化罪或者煽動他人觸犯妨害風化罪之餘地；對於該等構成要件，應以刑事法院有關刑法第二三五條以及刑法第一五三條之認定判斷為準。在此先決問題上，系爭行政院新聞局（八一）強版字第〇二二七五號函，實已牴觸了出版法第三十二條第三款之意旨，且有違憲法第二十三條所揭示的比例原則。

3. 再退而言之，即便吾等不論行政機關對於「猥褻出版品」之管制，是否得有自己的認定標準的問題；關於出版管制的構成要件，尤其是其具體適用的判斷標準，仍然必須合乎法治國家之「明確性理論」的要件，以避免對於意見表達之行為，產生自我抑制的「寒蟬作用」（chilling effect）（註五）。綜觀行政院新聞局（八一）強版字第〇二二七五號函釋，就出版法第三十二條第三款規定之「觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪」的管制對象，所提出之具體判斷標準，主要是以「足以誘發他人性慾」、「色情行為」、「姿態淫蕩」、「過分描述」等不確定法律概念所構成。這些概念做為行政機關認事用法的標準，無疑過於空泛而不明確；想要合理地期待行政機關能據以為「客觀」、「公正」的判斷，而不流於個人主觀、恣意的評價，根本上毋寧有相當之困難。質言之，即便吾等肯認出版法第三十二條第三款之規定的合憲性（該款使用「煽動」之概念，是否適當，尤有爭論之餘地）；行政院新聞局該項函釋所提出之認定標準，亦有違限制出版自由必須合乎的「明確性基準」，應該加以非難。

綜上所言，行政院新聞局（八一）強版字第0二二七五號函釋，不僅有違憲法第二十三條所揭示之比例原則，亦不合乎明確性原則之要求；該號函釋既逾越了出版法第三十二條第三款的規範意旨，與憲法第十一條保障出版自由之意旨、憲法第二十三條所揭比例原則以及憲法第一七二條法律優位原則相牴觸，自應為違憲之非難。此外，出版法第三十二條第三款、第三十七條以下等行政管制規定，亦有儘速檢討改進之必要。多數通過的解釋文以及解釋理由，未就本號解釋所涉問題，審慎斟酌衡量，即肯認該等函釋之合憲性，毋寧使得我國之出版法制，仍停留在威權體制之格局，而不利於多元開放社會中，人民之資訊取得以及各種不同價值理念之追求與實現。出版自由關乎個人精神自由的外在表現，就人性尊嚴之自我實現而言，具有重大意義。除非基於保護他人自由法益以及保護青少年健全發展之考量，可對出版自由為必要之限制外；國家應本法律管制之精神，予以最大限度之尊重與保障。此項原則，對於「猥褻出版品」的管制而言，猶有適用之必要。爰提不同意見書如上。

- （註一）對於地方自治團體的自治事項，監督機關只能對之為適法監督；至於行政規則之下達，則已屬於適當性監督之層次。參見許宗力，論國家對地方的自治監督，收於氏著法與國家權力，民國八十一年，頁三五八至三六二；三六五。
- （註二）對於出版自由的限制，應適用較為嚴格的審查基準。參照蘆部信喜著、李鴻禧譯，憲法，民國八十四年，頁一八五至一九七。
- （註三）對於司法院釋字第一〇五號解釋，我國學界已有相當多之評議，值得參考。參見法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，收於氏著人權保障與釋憲法制，民國八十二年再版，頁一五七至一五九；曾劍虹，出版自由與出版業者之研究，台大法研所碩士論文，民國八十一年，頁二〇七至二〇八；二四〇至二四六（收錄曾錦源之評論）。
- （註四）關於猥褻出版品的管制目的，應非防止違法或維護道德；詳見法治斌，同前註論文，頁一六〇至一七二。於刑法學的討論上，刑法妨害風化罪章所要保護的法益，亦並非抽象的善

良風俗，而是被認為在於保護「自由法益」；參見陳志龍，法益與刑事立法，民國七十九年，頁三二。

（註五）關於「明確性理論」，參見蘆部信喜，同前註書，頁一九一至一九三。

抄正〇有限公司代表人陳〇照聲請書

受文者：司法院

主旨：為行政法院二件確定終局判決適用法令有牴觸憲法之疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，聲請解釋憲法，請鑒核。

說明：

一、聲請解釋憲法之目的：

緣聲請人正〇有限公司就憲法保障之出版自由權遭行政主管機關不法侵害，經依法定程序提起行政訴訟，對行政法院之確定終局判決所適用之法令有牴觸憲法之疑義，為落實憲法第十一條之立法意旨，爰提出本聲請案。

二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文：

聲請人鑑於目前國內傳播正確性教育之書籍頗為缺乏，前向英國最大出版集團「Reed International」之子公司「Paul Hamlyn」出版公司及英國著名的「Dorling Kindersley」出版公司分別購買英文原著名為「Making Love」及「Sensual Massae」二書之中文版權，將之翻譯成中文版而以「性愛大全」及「性按摩」為名，於八十二年六月一日出版發行。台北市政府（新聞處）竟以該二書部分內容刊登人體圖片，裸露乳部、臀部，違反出版法第三十二條第三款規定為由，依同法第三十九條第一項第三款規定，對聲請人處以「禁止出售及散佈並扣押其出版品」之行政處分（附件一）。聲請人不服，提起訴願、再訴願，均遭駁回（附件二）。嗣經提起行政訴訟，亦遭駁回（附件三）。查行政法院該二件為聲請人敗訴之判決所持理由主要均以「出版品不得為觸犯或煽動

他人觸犯妨風化罪之記載，為出版法第三十二條第三款所明定。違反上開規定者，依同法第三十九條第一項第三款規定得禁止其出售及散佈，必要時並得予以扣押。又凡出版品內容記載足以誘發他人性慾者，強調色情行為者，人體圖片刻意暴露乳、臀部或性器官，而姿態淫蕩者；或雖涉及醫藥衛生保健，但對性行為過分描述者，為出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪之衡量標準，復經行政院新聞局八十一年二月十日（八一）強版字第0二二七五號函釋有案。」云云論據，亦即有無違反出版法第三十二條第三款之規定，概以前揭新聞局函釋為衡量標準。惟查，該函係新聞局為出版法暨其施行細則之行政解釋，僅供地方新聞主管機關執行業務之參考，並非中央法規標準法第七條所稱之命令（附件四）。地方新聞主管機關憑新聞局內部該份函釋作為限制人民出版自由權之依據，其適法性已屬可議，乃職司行政爭訟審判工作之行政法院竟予附合，顯未盡審理之責。按人民有出版之自由，且除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之，憲法第十一條及第二十三條分別定有明文。出版法第三十二條各款關於出版品登載之限制規定，即本諸此一憲法理念而為之立法，否則行政機關任意發布之命令或所為之行政解釋，便得據以限制人民之出版自由，則憲法保障人民出版自由權之規定豈非形同具文？

- 三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解：  
出版品不得為觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，出版法第三十二條第三款固有明定，惟核其構成要件，須出版品之出版發行有觸犯刑法妨害風化罪或煽動他人觸犯刑法妨害風化罪等刑事不法行為始足當之，否則即無該條款之適用（同條第一款規定之觸犯內亂罪、外患罪，第二款規定之觸犯妨害公務罪、妨害投票罪、妨害秩序罪等，亦同此義）。此為出版法對出版品主管機關行政裁量權所為之立法限制。而有無觸犯前揭刑法之罪，只有司法機關之刑事法院始得認

定，行政機關無權審究。假若行政主管機關主觀上認為出版品有妨害風化或煽動他人妨害風化之虞，即得本諸行政裁量權而予處分，則出版法第三十二條各款即不會以「觸犯罪」為構成要件，蓋任何學法的人皆知，前揭用語僅對處罰刑事不法之行為者有之，而對處罰民事不法或行政不法之行為者，均不可能採此用語，立法者之所以為此立法，目的在對出版品主管機關行政裁量權加以限制，否則法條用語不會如此嚴謹。又其他如公職人員選舉罷免法第三十四條第一、二、三、四、五款對候選人消極資格之限制規定、公司法第三十條第一、二、三款對經理人消極資格之限制規定、醫師法第五條第一款對醫師消極資格之限制規定、藥師法第六條第一、二款對藥師消極資格之限制規定、會計師法第四條第一、二款對會計師消極資格之限制規定、教育人員任用條例第三十一條第一、二款對教育人員消極資格之限制規定、引水法第十三條第五款對引水人消極資格之限制規定等等，亦均須俟司法機關之刑事法院對各該行為人之不法行為為犯罪處斷後，行政機關始得據以決定有無各該條款消極資格限制之適用。因之，出版法第三十二條各款對出版品登載之限制規定，即除非行為人犯有刑法內亂罪、外患罪、妨害公務罪、妨害投票罪、妨害秩序罪、褻瀆祀典罪及妨害風化罪等情事，否則行政主管機關即不得為任何損及人民權益之處分。又司法院大法官會議釋字第三一三號解釋「對人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符合憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。」亦明白揭示行政法上之法律保留原則，不容行政機關任意破壞。茲聲請人前代表人陳〇煌因出版發行「性愛大全」及「性按摩」二書籍被訴涉嫌妨害風化案件，經台灣台北地方法院審理認為「值此資訊傳播迅速，社會早已多元化發展之際，衡諸該書刊所欲教導讀者性行為知

識之目的，該書刊所附圖片縱有裸露人體之胸、臀等部位，亦屬必然且合於一般社會善良風俗。」及「本件被告出版發行中文版性愛大全及性按摩二書，其目的在傳播性教育之知識，就該二本書刊所載之文字及圖片等內容判斷，並未妨害我國目前之社會善良風俗，而非刑法第二百三十五條第一項所稱之猥褻物品，核與販賣猥褻書刊罪之構成要件有間」等語，而判決陳〇煌無罪確定（附件五）。揆諸前述說明，行政法院即應尊重該院判決，而撤銷行政機關先前違法、不當之行政處分及訴願、再訴願決定，乃竟置該刑事判決於不顧，仍以行政院新聞局該份函釋為聲請人有無違反出版法第三十二條第三款之判決依據，其八十三年度判字第一八〇一、一九五九號二判決所適用之法令，與憲法第十一條人民出版自由權保障之規定顯有牴觸，而有聲請釋憲之必要。

#### 四、關係文件之名稱及件數：

- 附件一：台北市政府（新聞處）行政處分書影本二紙。
- 附件二：訴願、再訴願決定書影本各二份。
- 附件三：行政法院八十三年度判字第一八〇一、一九五九號二判決影本二份。
- 附件四：行政院新聞局函影本一份。  
立法院秘書處函影本一紙。
- 附件五：台灣台北地方法院八十二年度易字第八一八四號刑事判決影本一份。
- 附件六：委任書一紙。

聲請人 正〇有限公司  
代表人 陳〇照  
代理人 張靜律師

中 華 民 國 八 十 三 年 十 一 月 十 一 日

附件三：

行政法院判決

八十三年度判字第一八〇一號

原告 正〇有限公司（設略）

代表人 陳〇照 住同右

訴訟代理人 張靜律師

被告 台北市政府

上當事人間因出版法事件，原告不服行政院中華民國八十三年五月二日台八十三訴字第一五三二八號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

### 主 文

原告之訴駁回。

### 事 實

緣原告民國八十二年六月一日出版之「性愛大全」一書，因部分圖片及文字涉及妨害風化，經被告依據出版法規定，以八十二年七月三十一日 82.府新一字第 0 五八四一七號處分書禁止出售及散佈並扣押其出版品。原告不服，提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨略謂：一、原告之代表人近日業變更為陳〇照，原代表人陳〇煌仍擔任原告公司出版品之發行人，合先陳明。二、查本件「性愛大全」書籍（下稱本書），係由一套暢銷世界二十九國，銷售量達三百五十萬冊之英文書籍所直譯而來，其內容不僅在傳播正確的性知識，促進國民性教育的健全發展，更寓有解決諸多潛在婚姻危機的社會功能。原告在出書前為求慎重，特延請中華民國性教育學會理事長暨醫學博士李鎡堯及知名性學專家許耕榕等專家學者為審稿推薦，正派嚴謹，可見一斑。核譯者內容，用辭遣字精簡洗鍊，流暢優美，未曾就原著之內容為任何之添加修改。又本書所引為參考之照片亦皆與原著相同，並與文字內容具有實質之關連，且均為對其內容為適度表達所必須，尤未附加任何單純只為滿足讀者感官刺激之色情圖片，更無裸露男、女生殖器之照片。是故，本書內涵毫不具任何猥褻之成份，洵非一般坊間有礙風化之不良色情書刊所堪與比擬。三、按所謂猥褻之文字、圖畫，指足以刺激性慾或滿足性慾之文字、圖畫，惟猥褻之文字、圖畫與藝術性及醫學上研究性之文字、圖畫，究有何區別，應就民族文化、社會道德、習慣風俗與科學藝術研究之需要，

依客觀之情形以認定之。故台灣高等法院八十一年度上易字第六二四〇號判決清楚載明「猥褻之文字，乃指足以刺激性慾或滿足性慾之文字而言，惟猥褻之文字與藝術性、學術性、醫學性、教育性等文字，究有何區別，應就民族文化、社會道德、習慣風俗、科學研究之需要、藝術創作之範疇等各種情形加以判斷認定。」因而，「猥褻」概念之認定，實不應僅憑其足以刺激或滿足性慾而率予論斷，必因時間、空間之改變而異其評價。申論之，「猥褻」概念之評價，其標準應求諸社會一般人之平均值，而非少數行政主管官員乃至衛道人士之主觀認知，否則即易失之偏頗。因此，本書之發行若遽指為妨害風化，則顯有將「客觀風化觀念」與「主觀道德標準」（甚至是泛道德化之標準）相互混淆，難免遭社會各界嚴厲之批判。尤其因本書被查禁後，行政院新聞局官員王更陵於八十二年九月十三日出席「性愛教育與性愛」座談會中，亦坦承本書之被查禁，政府作業不是非常周延，而學者專家都肯定本書在現在社會中確有存在之必要。雖然被告和訴願機關相當堅持出版品是否有觸犯妨害風化之情節，因各國風俗習慣之不同，倫理觀念之差距而異其認定標準，然而這本被我官方認為「國情不合」之西方性學書籍，中共官方竟准許原告公司於八十二年十二月在廣東省一九九三年南國書香節廣州中國圖書交易會公開銷售，為何同為中國人，較保守之中國大陸官方能接受這本書，而我們台灣開放社會的政府官員就不能，難道台灣社會或政府當局官員竟比大陸還較落後、封閉與保守？再者，與本書內容相當之張老師出版社出版之「金賽性學報告」書籍，被告何以認定未達出版法第三十二條限制刊載之程度？又觀之現今國內各類書報雜誌，內容中極盡挑逗之性文字及模特兒裸露身體、姿態淫蕩之照片，已司空見慣，而販賣各類器官造型之物品以及各種玩具之所謂情趣用品商店亦到處林立，其危害青少年之程度絕不亞於本書，卻未見主管官員認真取締過，試問政府之執法標準何在？四、出版品不得為觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，出版法第三十二條第三款固有明定，惟核其構成要件，須出版品之出版發行有觸犯刑法妨害風化罪或煽動他人觸犯刑法妨害風化罪等不法行為始足當之，否則即無該條款之適用。此為出版法對出版品主管機關行政裁量權所為之立法限制，即原訴願決定機關前函

覆原告公司詢問有關本案之問題，亦明白表示出版法第三十二條關於出版品刊載內容之限制，係比照刑法對各該犯罪之構成要件作為審處依據，除衡酌我國風俗習慣及倫理道德外，並參考法院判決見解，以訂定取締標準。而有無觸犯前揭刑法之罪，只有司法機關之刑事法院始得認定，行政機關無權審究，亦即，被告如欲依前揭條款對出版品為行政處分，應受法院之確定判決所拘束，否則法院判決之實質確定力或既判力何在？如該出版品之相關人員確因出版發行而遭法院判刑，主管機關即必須依前開出版法之法條為適當處分，並無自由裁量之餘地；惟若主管機關已先行依前開出版法法條為行政處分，如嗣後法院確定判決認為無觸犯妨害風化罪時，主管機關亦理應依職權或當事人之訴願、再訴願，而撤銷原來所為之行政處分，否則其原先之行政處分即屬違法。查原告公司出版發行本書，動機、目的均極純正，已如前述，而原告公司前代表人陳〇煌因本書之出版發行被訴涉嫌妨害風化案件，業經台灣台北地方法院判決無罪確定在案，則被告對原告公司處以「禁止出書及散佈並扣押其出版品」之行政處分，而又不主動依職權或被動撤銷，揆之首揭說明，其行政處分自屬違法。五、綜上，本案原行政處分顯然違法，而損害原告之權利，訴願及再訴願決定未依法撤銷原處分，認事用法，自難令人信服，懇請判決將原決定及原處分均予撤銷等語。

被告答辯意旨略謂：一、按出版品不得為觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，為出版法第三十二條第三款所明定，違反上開規定，得依同法第三十九條第一項第三款規定，禁止其出售及散佈，必要時並得予以扣押出版品。凡出版品內容記載足以誘發他人性慾者，強調色情行為者，人體圖片刻意暴露乳、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者；刑登婦女裸體照片，雖未露出乳部、臀部或性器官而姿態淫蕩者；另雖涉及醫藥衛生保健，但對性行為過分描述者，依行政院新聞局八十一年二月十日（八一）強版字第〇二二七五號規定應予取締違規有案。查該書部分內容刊登描述男女性行為或女性裸露乳部、臀部之照片、插圖，姿態淫蕩不雅，均於前揭法條規定及函釋意旨限制記載之範圍；至於出版品是否有違出版法第三十二條第三款出版品不得為觸犯或煽動他人觸犯妨害風化之記載規定，固屬抽象標

準，然仍可依本國習俗及倫理觀念予以認定，被告依法予以處分，並非無據。二、被告於八十二年七月三十一日以(82)府新一字第0五八四一七號函及第八二0五八四一六號函示原告所發行之「性愛大全」及「性按摩」兩書，因違反出版法規定，已禁止其出售及散佈並扣押其出版品在案，但原告竟公然藐視公權力之存在，分別於八十二年八月九、十一、十三等日在聯合報、中國時報刊載大篇幅之促銷廣告「購買『性愛大全』十『性按摩』」（以上兩書均被台北市政府處以禁止出售及散佈並扣押之處分）送『寶寶是從那裡來的呢？』乙書，並以郵政劃撥方式公開販售以規避查察取締，故被告新聞處遂依出版法於八十二年八月十四日分別以北市新一字第0八四六八號暨北市新一字第0八四六九號函台北郵政管理局及郵政儲金匯業局劃撥處，請其依相關郵政法規勿再受理有關原告發行之「性按摩」、「性愛大全」之郵遞及儲匯業務，至於郵政當局如何執行，則非本府所能過問，故本府新聞處並無逾權或過當之處。綜合上述所論，本件原告之訴為無理由，敬請判決駁回原告之訴等語。

#### 理 由

按出版品不得為觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，為出版法第三十二條第三款所明定。違反上開規定者，依同法第三十九條第一項第三款規定得禁止其出售及散佈，必要時並得予以扣押。又凡出版品內容記載足以誘發他人性慾者或強調色情行為者或人體圖片刻意暴露乳部臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者，或刊登婦女裸體照片，雖未露出乳部、臀部或性器官，而姿態淫蕩者，或雖涉及醫藥衛生保健，但對性行為過分描述者，依出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪之衡量標準，復經行政院新聞局八十一年二月十日（八一）強版字第0二二七五號函訂有案。查原告於八十二年六月一日出版之「性愛大全」一書，被告以其部分圖文涉及妨害風化，乃依首揭出版法規定予以禁止出售及散佈並扣押其出版品之處分。原告以該書係在傳播正確性知識及性教育，襄助國民性教育之健全發展，如意在妨害風化，焉有購買版權、翻譯原著，甚至聘請專家學者審稿推薦之理。而該書既係傳播正當性知識，其內容自涉及男女性行為之描述，且所用之圖片皆係與原文書籍相同，雖有

裸露之處，然其皆係對文字內容為適度表達所必須，未附加任何單純只為滿足讀者感官刺激之色情圖片，更無裸露男、女生殖器之照片，本書內涵不具任何猥褻之成份。而涉及性學方面之書籍，坊間種類甚多，如由張老師出版社出版之「金賽性學報告」書籍，與本書內容相當，被告何以認定未達出版法第三十二條限制刊載之程度？為何未見主管機關有任何處置？又出版法第三十二條關於出版品刊載內容之限制，係比照刑法各該犯罪之構成要件為審處之依據，而有無觸犯前揭刑法之罪，只有司法機關之刑事法院始得認定，如該出版品之相關人員確因出版發行而遭法院判刑，主管機關即必須依前開出版法之法條為適當處分，亦即應受刑事判決所拘束，惟若主管機關已先行依出版法為行政處分，如嗣後法院判決認為無觸犯妨害風化罪時，主管機關亦理應依職權或依當事人之訴願、再訴願而撤銷原來之行政處分。本件原告公司前代表人陳〇煌因本書之出版發行被訴涉嫌妨害風化案件，業經台灣台北地方法院判決無罪確定，則被告理應撤銷對原告所為之行政處分云云。查原告所發行之「性愛大全」一書，其中第二十頁「性的信號」、第二十六頁「羞怯及壓抑」、第四十二頁「女性高潮」、第五十七頁「幻想」、第九十至九十二頁「口交」、第九十五頁「按摩」、第九十九至第一二一頁「性交姿勢」、第一三二頁「性與健康」及第一四〇頁「女性性慾」等頁所刊載之內容盡情描述男女性行為或刊登女性乳部、臀部之裸露圖片或淫蕩之姿態，顯有妨害風化之情形，均已違反限制記載之範圍。又查出版品是否有觸犯妨害風化之情節，因各國風俗習慣之不同、倫理觀念之差距而異其認定標準，該局就首揭出版法第三十二條第三款所為之銓釋，即衡酌我國之習俗觀念而成。原告所發行之「性愛大全」一書，部分之圖片及文字說明均足以誘發他人性慾，與傳送正當之性知識與性教育無關。無論其是否有購買版權並聘請專家學者審稿推薦，或訴稱所用參考圖片皆與原文書籍相同，皆為對文字內容為適度表達所必需云云，仍無解於應負出版法限制記載之責任。被告認原告將此等圖片精印於出版品，公然散佈出售，影響社會善良風俗甚鉅，情節非屬輕微，依出版法第三十九條第一項第三款之規定予以禁止出售及散佈並扣押其出版品，乃主管機關為管理出版品所為之必要處分，為依法行政之行為。又訴

稱涉及性學方面之書籍，如由張老師出版社所出版之「金賽性學報告」等，與本書內容相當，卻不見主管機關有任何處置云云。然查其中或為另案應否取締，或為記載之事實尚未達於取締之標準，要難執為本案免責之依據。再者，本書封面雖標有「限二十歲選購，讀者年滿十八至二十歲，需家長陪同閱讀」等文字。惟查原告將「性愛大全」一書公然陳列販售，或利用郵政劃撥方式促銷，其欲達到廣泛銷售之目的至為顯然，所訴殊無足採。又查刑事判決與行政處分，原可各自認定事實，被告為出版業之地方主管機關，其對原告違反出版法之事實，自得依其所得證據，逕為認定，不受刑事判決之拘束。而首揭行政院新聞局函釋，係主管機關依職權對出版法第三十二條第三款規定所作之執行標法，既與法律規定之意旨並無違背，自得予以適用。原告所訴有無妨害風化事實之認定，應受刑事判決所拘束，原告公司前代表人業經法院判決無罪確定，被告理應撤銷所為之行政處分云云，核無足採。從而，本件被告所為原處分並無違誤，一再訴願決定遞予維持，亦無不合。原告起訴意旨，仍持前詞爭執，自難認為有理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段判決如主文。

中華民國八十三年八月二十五日

行政法院判決

八十三年度判字第一九五九號

原告 正〇有限公司（設略）

代表人 陳〇照 住同右

訴訟代理人 張靜 律師

被告 台北市政府

上當事人間因出版法事件，原告不服行政院中華民國八十三年五月二十四日台八十三訴字第一八七二五號再訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

## 事 實

緣原告於民國八十二年六月一日出版「性按摩」一書，因部分圖片及文字涉及妨害風化，經被告機關依據出版法規定，以八十二年七月三十一日 82 府新一字第 82058416 號處分書禁止出售及散佈並扣押其出版品，原告不服，循序提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨略謂：一、本件「性按摩」書籍，其內容旨在傳播正確的性知識，促進國民性教育的健全發展，並寓有解決諸多潛在婚姻危機的社會功能。原告在出書前為求慎重，特延請中華民國性教育學會理事長暨醫學博士李鎡堯教授及國家考試命題委員林忠濤先生等專家學者為審稿推薦，正派嚴謹，可見一斑。核譯者內容，用辭遣字精簡洗鍊，流暢優美，未曾就原著之內容為任何之添加修改。又本書所引為參考之圖片亦皆與原著相同，並與文字內容具有實質之關連，且均為對其內容為適度表達所必須，尤未附加任何單純只為滿足讀者感官刺激之色情圖片，更無裸露男、女生殖器之照片，是故，本書內涵毫不具任何猥褻之成份，洵非一般坊間有礙風化之不良色情書刊所堪與比擬。二、按所謂猥褻之文字、圖畫，指足以刺激性慾或滿足性慾之文字、圖畫，惟猥褻之文字、圖畫與藝術性及醫學上研究性之文字、圖畫，究有何區別，應就民族文化、社會道德、習慣風俗與科學藝術研究之需要，依客觀情形認定之。故台灣高等法院八十一年度上易字第六二四〇號判決清楚載明「猥褻之文字，乃指足以刺激性慾或滿足性慾之文字而言，惟猥褻之文字與藝術性、學術性、醫學性、教育性等文字，究有何區別，應就民族文化、社會道德、習慣風俗、科學研究之需要、藝術創作之範疇等各種情形加以判斷認定。」因而，「猥褻」概念之認定，實不應僅憑其足以刺激或滿足性慾而率予論斷，必因時間、空間之改變而異其評價，故其評價標準應依時、空環境及社會通念，就客觀事實認定，不能以少數人之價值觀為準。因此，本書之發行若遽指為妨害風化，則顯有將「客觀風化觀念」與「主觀道德標準」相互混淆，難免遭社會各界嚴厲之批判。尤其因本書被查禁後，行政院新聞局官員王〇陵於八十二年九月十三日出席「性愛教育與性愛」座談會中，亦坦承本書之被查禁，政府作業不是非常周延，

而學者專家都肯定本書在現代社會中確有存在之必要。雖然被告機關和訴願機關相當堅持出版品是否有觸犯妨害風化之情節，因各國風俗習慣之不同，倫理觀念之差距而異其認定標準，然而這本被我官方認為「國情不合」之西方性學書籍，中共官方竟准許原告公司於八十二年十二月在廣東省一九九三年南國書香節廣州中國圖書交易會公開銷售，為何同為中國人，較保守之中國大陸官方能接受這本書，而我們台灣開放社會的政府官員就不能，難道台灣社會或政府當局官員竟比大陸還較落後、封閉與保守？再者，與本書內容相當之張老師出版社出版之「金賽性學報告」書籍，被告機關何以認定未達出版法第三十二條限制刊載之程度？又觀之現今國內各類書報雜誌，內容中極盡挑逗之性文字及模特兒裸露身體、姿態淫蕩之照片，已司空見慣，而販賣各類器官造型之物品以及各種性玩具之所謂情趣用品商店亦到處林立，其危害青少年之程度絕不亞於本書，卻未見主管官員認真取締過，試問政府之執法標準何在？三、出版品不得為觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，出版法第三十二條第三款固有明定，惟核其構成要件，須出版品之出版發行有觸犯刑法妨害風化罪或煽動他人觸犯刑法妨害風化罪等不法行為始足當之，否則即無該條款之適用，此為出版法對出版品主管機關行政裁量權所為之立法限制，即原訴願決定機關前函覆原告公司詢問有關本案之問題，亦明白表示出版法第三十二條關於出版品刊載內容之限制，係比照刑法對各該犯罪之構成要件作為審處依據，除衡酌我國風俗習慣及倫理道德外，並參考法院判決見解，以訂定取締標準。而有無觸犯前揭刑法之罪，只有司法機關之刑事法院始得認定，行政機關無權審究，亦即，被告機關如欲依前揭條款對出版品為行政處分，應受法院之確定判決所拘束，否則法院判決之實質確定力或既判力何在？如該出版品之相關人員確因出版發行而遭法院判刑，主管機關即必須依前開出版法之法條為適當處分，並無自由裁量之餘地；惟若主管機關已先行依前開出版法法條為行政處分，如嗣後法院確定判決認為無觸犯妨害風化罪時，主管機關亦理應依職權或當事人之訴願、再訴願，而撤銷原來所為之行政處分，否則其原先之行政處分即屬違法。查原告公司出版發行本書，動機、目的均極純正，已如前述，而原告公司前代表人陳〇煌因本書之出版發行

被訴涉嫌妨害風化案件，業經台灣台北地方法院判決無罪確定在案，則被告機關對原告公司處以「禁止出售及散佈並扣押其出版品」之行政處分，而又不主動依職權或被動撤銷，揆之首揭說明，其行政處分自屬違法。四、綜上，本案原行政處分顯然違法，而違害原告之權利，訴願及再訴願決定未依法撤銷原處分，認事用法，自難令人信服，懇請併予判決撤銷。

被告答辯意旨則謂：一、按出版品不得為觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，為出版法第三十二條第三款所明定，違反上開規定，得依同法第三十九條第一項第三款規定，禁止其出售及散佈，必要時並得予以扣押出版品。凡出版品內容記載足以誘發他人性慾者，強調色情行為者，人體圖片刻意暴露乳、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者；刊登婦女裸體照片，雖未露出乳部、臀部或性器官而姿態淫蕩者；另雖涉及醫藥衛生保健，但對性行為過分描述者，依行政院新聞局八十一年二月十日（八一）強版字第〇二二七五號函規定應予取締有案。查該書部分內容刊登描述男女性行為或女性裸露乳部、臀部之照片、插圖，姿態淫蕩不雅，均於前揭法條規定及函釋意旨限制記載之範圍；至於出版品是否有違出版法第三十二條第三款出版品不得為觸犯或煽動他人觸犯妨害風化之記載規定，固屬抽象標準，然仍可依本國習俗及倫理觀念予以認定。原告所發行之「性按摩」乙書，部分之圖片裸露女性乳部、臀部姿態淫蕩及文字說明誨淫均足以誘發他人性慾，涉及妨害風化，違反限制記載之規定。另出版品是否有觸犯妨害風化之情節，常因各國風俗習慣之不同，倫理觀念之差距而異其認定之標準。本府就出版法第三十二條第三款所為之詮釋，即衡酌我國之習俗觀念而成。與行政法院八十年判字第一〇〇四號及判字第一〇〇五號判決之見解，亦不謀而合。二、原告所發行之「性按摩」乙書，部分之圖片及文字說明均足以誘發他人性慾，與傳達正當之性知識與性教育無關，無論其是否有購買版權並聘請專家審稿推薦，或訴稱所用參考圖片皆與原文書籍相同，皆為對文字內容為適度表達所必需云云，仍無解於應負出版法限制記載之責任。本府認為原告將此等圖片精印於出版品，公然散佈出售，影響社會善良風俗甚鉅，情節非屬輕微，依出版法第三十九條第一項第三款之規定予以

禁止出售及散佈並扣押其出版品，乃主管機關為管理出版品所為之必要處分，為依法行政之行為。三、雖原告自訴妨害風化部分，獲法院判決無觸犯妨害風化罪，但行政罰與刑罰的構成要件不同，刑事判決與行政處分，原可各自認定事實。本府為出版業之地方主管機關，對原告違反出版法之事實，自得依所得之證據，逕為認定，故原告所訴應經法院之判決方得為妨害風化之認定及臺灣台北地方法院業經判決無罪確定云云，實不足採。四、綜合上述所論，本件原告之訴為無理由，敬請裁判駁回。

#### 理 由

- 一、按出版品不得為觸犯或煽動他人觸犯妨風化罪之記載，為出版法第三十二條第三款所明定。違反上開規定者，依同法第三十九條第一項第三款規定得禁止其出售及散佈，必要時並得予以扣押。又凡出版品內容記載足以誘發他人性慾者，強調色情行為者，人體圖片刻意暴露乳、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者；或刊登婦女裸體照片，雖未露出乳部、臀部或性器官，而姿態淫蕩者；或雖涉及醫藥衛生保健，但對性行為過分描述者，為出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪之衡量標準，復經行政院新聞局八十一年二月十日（八一）強版字第0二二七五號函釋有案。本原告於八十二年六月一日出版之「性按摩」一書，被告認其部分圖文涉及妨害風化，乃依首揭出版法規定予以禁止出售及散佈並扣押其出版品之處分。原告訴稱該書係在傳播正確性知識及性教育，襄助國民性教育之健全發展，如意在妨害風化，焉有購買版權、翻譯原著，甚至聘請專家學者審稿推薦之理。而該書既係傳播正當性知識，其內容自涉及男女性行為之描述，且所用之圖片皆係與原文書籍相同，雖有裸露之處，然皆係對文字內容為適度表達所必須，未附加任何單純只為滿足讀者感官刺激之色情圖片，更無裸露男、女生殖器之照片，本書內涵不具任何猥褻之成份。而涉及性學方面之書籍，坊間種類甚多，如由張老師出版社出版之「金賽性學報告」書籍，與本書內容相當，被告何以認定未達出版法第三十二條限制刊載之程度？又出版法第三十二條關於出版品刊載內容之限

制，係比照刑法各該犯罪之構成要件為審處之依據，而有無觸犯前揭刑法之罪，只有司法機關之刑事法院始得認定，如該出版品之相關人員確因出版發行而遭法院判刑，主管機關即必須依前開出版法之法條為適當處分，亦即應受刑事判決所拘束，惟若主管機關已先行依出版法為行政處分，如嗣後法院認為無觸犯妨害風化罪時，主管機關亦理應依職權或依當事人之訴願、再訴願而撤銷原來之行政處分。本件原告公司前代表人陳〇煌因本書之出版發行被訴涉嫌妨害風化案件，業經台灣台北地方法院判決無罪確定，被告理應撤銷對原告所為之行政處分云云。查原告所發行之「性按摩」一書，其中封面、第三頁總審訂序、第四頁至第五頁目錄、第六、八頁前言、第十頁「營造感性的氣氛」、第十四頁「敏感的身體」等頁所刊登女性圖片裸露乳部、臀部姿態淫蕩，涉及妨害風化，違反限制記載之規定。又查出版品是否有觸犯妨害風化之情節，因各國風俗習慣之不同、倫理觀念之差距而異其認定標準，該局就首揭出版法第三十二條第三款所為之銓譯，即衡酌我國之習俗觀念而成。原告所發行之「性按摩」一書，部分之圖片及文字說明均足以誘發他人性慾，與傳送正當之性知識與性教育無關。無論其是否有購買版權並聘請專家學者審稿推薦，或訴稱所用參考圖片皆與原文書籍相同，皆為對文字內容為適度表達所必需云云，仍無解於應負出版法限制記載之責任。被告認原告將此等圖片精印於出版品，公然散佈出售，影響社會善良風俗甚鉅，情節非屬輕微，依出版法第三十九條第一項第三款之規定予以禁止出售及散佈並扣押其出版品，乃主管機關為管理出版品所為之必要處分，為依法行政之行為。又訴稱涉及性學方面之書籍，如由張老師出版社所出版之「金賽性學報告」等，與本書內容相當，卻不見主管機關有任何處置云云。然查其中或為另案應否取締，或為記載之事實尚未達於取締之標準，要難執為本案免責之依據。再者，本書封面雖標有「限二十歲選購，讀者年滿十八至二十歲，需家長陪同閱讀」等文字。惟查原告將「性按摩」一書公然陳列販售，或利用郵政劃撥方式促銷，其欲達到廣泛銷售之目的至為顯然，所訴殊無足採。又查刑事判決與行政處

分，原可各自認定事實，被告為出版業之地方主管機關，其對原告違反出版法之事實，自得依其所得證據，逕為認定，不受刑事判決之拘束。而首揭行政院新聞局函釋，係主管機關依職權對出版法第三十二條第三款規定所作之執行標準，既與法律規定之意旨並無違背，自得予以適用。原告所訴有無妨害風化事實之認定，應受刑事判決所拘束，原告公司前代表人業經法院判決無罪確定，被告理應撤銷所為之行政處分云云，核無足採。從而，本件被告所為原處分並無違誤，一再訴願決定遞予維持，亦無不合。原告起訴意旨，仍持前詞爭執，自難認為有理由，應予駁回。

二、據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段判決如文。

中 華 民 國 八 十 三 年 九 月 九 日  
(本聲請書其餘附件略)

## 司法院釋字第四〇八號解釋

中華民國 85 年 7 月 5 日

院台大二字第 13238 號

### 解 釋 文

民法第八百三十二條規定，稱地上權者，謂以在他人土地上有建築物，或其他工作物，或竹木為目的而使用其土地之權。故設定地上權之土地，以適於建築房屋或設置其他工作物或種植竹林者為限。其因時效取得地上權而請求登記者亦同。土地法第八十二條前段規定，凡編為某種使用地之土地，不得供其他用途之使用。占有土地屬農業發展條例第三條第十一款所稱之耕地者，性質上既不適於設定地上權，內政部於中華民國七十七年八月十七日以台內地字第六二一四六四號函訂頒時效取得地上權登記審查要點第三點第二款規定占有人占有上開耕地者，不得申請時效取得地上權登記，與憲法保障人民財產權之意旨，尚無牴觸。

### 解釋理由書

民法第八百三十二條規定，稱地上權者，謂以在他人土地上有建築物，或其他工作物，或竹木為目的而使用其土地之權。故設定地上權之土地，以適於建築房屋或設置其他工作物，或種植竹林者為限。所謂種植竹林不包括以定期收穫為目的而施人工於土地，以栽培植物之情形（參看院字第七三八號解釋）。依土地法第八十二條前段規定，凡編為某種使用地之土地，不得供其他用途之使用。農業發展條例第三條第十一款規定，耕地係指農業用地中，依區域計畫法編定之農牧用地、或依都市計畫法編為農業區、保護區之田、旱地目土地，或依土地法編定之農業用地，或未依法編定而土地登記簿所記載田、旱地目之土地。耕地既僅供耕作之用，自不適於建築房屋或設置其他工作物，亦不適於種植竹木而供林地之用，性質上即不符設定地上權之要件，亦無從依時效取得地上權而請求登記為地上權人。內政部於中華民國七十七年八月十七日以台內地字第六二一四六四號函訂頒時效取得地上權登記審查要點第三點第二款規定，占有人占有上開耕地

者，不得申請時效取得地上權登記，與憲法保障人民財產權之意旨，尚無牴觸。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

### 不同意見書 大法官 蘇俊雄

取得時效制度，係為公益而設，依此制度取得之財產權應為憲法所保障。大法官釋字第二百九十一號解釋，業已揭示上開憲法意旨。關於時效取得地上權之制度，民法僅於第七百七十二條設有「準用規定」；至若如何準用、有何要件限制、應如何辦理登記等問題，則有賴法學方法的運用，解決各種法律適用上之疑義。惟相關法律的解釋適用，自當嚴格遵循法學方法的解釋原則，力求價值之衡平，以貫徹憲法保障取得時效制度之意旨。內政部七十七年八月十七日台內字第六二一四六四號函訂頒之「時效取得地上權登記審查要點」第三點第二款，關於占有人占有屬農業發展條例第三條第十一款所稱之耕地者，不得申請時效取得地上權登記之規定，實混淆了土地登記制度與土地使用管制制度的目的，對因時效取得地上權之登記請求權者，增加了法律所無的限制；其與憲法保障人民財產權之意旨不符，亦有違憲法第二十三條所揭示之法律保留原則，應停止適用。此項解釋原則與多數意見通過之解釋文及解釋理由，法理見解不同，爰提不同意見書如下：

一、民法第八百三十二條規定，稱地上權者，謂以在他人土地上有建築物，或其他工作物，或竹木為目的而使用其土地之權。此項民法上所保障的財產權，係針對私人間有關土地利用之權益，所創設的私法秩序。至於國家基於土地政策，就土地使用所為之分區管制，目的是在於確保土地的合理使用；除非法律有明文之規定（例如土地法第三十條對於私有農地所有權移轉之限制），否則並不涉及私人間有關土地利用權益之歸屬與安排的問題。

土地法第八十二條前段規定，凡編為某種使用地之土地，不得供其他用途使用。此項規定是在確立土地使用分區管制的強制性，尚不能將之解為有限定私法上財產權是否成立生效的意旨。蓋國家就土地使用所為之分區管制，主要是基於土地政策的考量，與物權法制之取向於土地使用的事物本質，並沒有必然的關係；而維持土地使用分區管制的土地政策，亦不必然即須對私法上財產權之得喪變更，有所限制。因此，在我國現行法秩序之下，有關土地使用分區管制之公法規定，尚非私法上之地上權是否得成立生效的構成要件。簡言之，是否得設定或者依時效取得地上權，與土地之使用是否合乎分區管制之規定的問題，前者是私法上財產權的存立問題，後者是公法對於財產權之行使所為限制的問題，兩者不應該混為一談。

多數通過的解釋文與解釋理由書，逕依土地法第八十二條之規定，而認為「耕地僅供耕作之用，自『不適用於』建築房屋或設置其他工作物，亦『不適用於』種植竹木而供林地之用，『性質上』即不符設定地上權之『要件』，亦無從依時效取得地上權而請求登記為地上權人。」按農業發展條例第三條第十一款所稱之「耕地」，依區域計畫法施行細則第一項第五款及相關規範中有關「農牧用地」之規定，猶有供農牧生產之設施（例如農舍）使用之可能；依都市計畫法第三十三條及相關下位規範中有關「農業區」之規定，亦未限制農舍的建築使用。耕地在本質上是否真的「不符合」設定地上權的要件，毋寧非常值得懷疑。多數通過的解釋文以及解釋理由，無疑是曲解、擴張了土地法第八十二條之規範意旨，而形同對財產權的界定，增加了法律所無而且是不必要的構成要件。此等「解釋」結果，或許強度（甚至過度）貫徹了國家對於土地使用的管制，但也犧牲了憲法保障財產權的規範意旨！

二、土地登記係指土地、建築物之所有權與他項權利之登記；土地法第三十七條訂有明文，並授權中央地政機關訂定土地登記規則辦理之。國家設置土地登記制度之目的，主要是為了保障不動產物權變動的公示與公信；在我國所採「托倫斯登記制度」（Torrens

Title Registration System) 的建制下，經核准登記之不動產權利，並被視為是依法取得之財產權，而受法律之保障。

在我國的土地登記制度下，地政機關對於人民申請土地登記之事項，雖負有實質審查之權責，惟其審查之基準，應係法制上對於財產權之得喪變更所設的強行規定；公法上有關土地使用分區管制之規定，原則上則並非審查認定該登記之申請是否適法之依據。蓋維持土地使用分區管制的強制性，並非土地登記制度的目的；地政機關亦非土地使用分區管制的主管機關。此項基本原則，在時效取得地上權之登記制度上，當然亦有適用。

不過，內政部七十七年八月十七日台內字第六二一四六四號函所訂頒之「時效取得地上權登記審查要點」第三點第二款之規定，限定占有人占有屬於農業發展條例第三條第十一款所稱之耕地者，不得申請時效取得地上權之規定，則無疑混淆了土地登記制度以及土地使用分區管制制度的分際，使得人民依時效取得申請地上權登記之權利，無法獲得實現。此項規定，對於人民依時效取得地上權之登記，增加了法律所無之限制；蓋從前述的法理論證，我們並無法從現行法中推論出法律有因土地使用分區管制或者耕地保護之考量而限制人民設定或原始取得地上權之規範意旨。此項規定，亦有違憲法保障人民財產權之意旨；蓋以土地使用的公法限制，拒絕人民依取得時效制度進行私權登記，徒然使得取得時效制度調節私人權利關係之意旨無法落實，使得完成時效之準地上權人，其權益根本無法受到法律之保障。再者，要維繫土地使用分區的管制秩序，區域計畫法以及都市計畫法均訂有罰則以及行政執行之明文，並非必然即有規制相關財產權之得喪變更的需要；即便基於耕地保護的政策考量，認為有強烈限制在農地上設定地上權做非農業使用之需要與價值，亦應以法律明確規定，並就既存事實予以妥當安排。

#### 抄陳羅〇蓮聲請書

為行政院八十三年度判字第一六五七號判決所適用內政部七十

六年八月十七日台內地字第六二一四六四號函訂頒之「時效取得地上權登記審查要點」第三點第二款之規定，牴觸憲法第十五條人民之財產權應予保障之規定，依據司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請解釋憲法。

### 一、聲請解釋之目的

1. 內政部訂頒之「時效取得地上權登記審查要點」第三點第二款之規定，牴觸憲法第十五條規定及時效制度，應屬無效。
2. 本件解釋應有拘束行政法院八十三年度判字第一六五七號判決之效力，聲請人得依行政訴訟法關於再審之規定聲請再審，以資救濟。

### 二、事實及經過

1. 緣聲請人陳羅〇蓮自民國五十八年七月一日起即以行使地上權之意思，以建築物為目的，和平繼續占有坐落彰化縣溪州鄉〇〇段四二三之七三地號部分土地，因時效完成，於民國八十二年十月十九日依民法第七百七十二條準用同法第七百六十九條之規定及內政部訂頒時效取得地上權審查要點，向彰化縣北斗地政事務所申請測繪位置圖，該所以聲請人所占有之土地為耕地為由，依上開審查要點第三點第二款規定：占有土地屬農業發展條例第三條第十一款所稱耕地，不得申請時效取得地上權登記，予以駁回。聲請人不服，乃依序向彰化縣政府、台灣省政府及行政法院提訴願、再訴願及行政訴訟，均被駁回。
2. 有關本案爭議訴訟詳情，請調閱本案全部訴願、訴訟資料卷宗便明白。

### 三、對本案所持之見解：

1. 查民法第七百七十二條準用同法第七百六十九條規定：「以行使地上權之意思，二十年間和平繼續占有他人之不動產者，得請求登記為地上權人。」聲請人依上開規定及內政部訂頒時效取得地上權審查要點，向彰化縣北斗地政事務所申請測繪位置圖，該所以聲請人所占有之土地為耕地為由，依上開審查要點第三點第二款規定駁回，按取得時效制度，係為公益而設，依此制度取得之財產權應為憲法所保障，民法第七百六十八條至

第七百七十二條關於因時效而取得所有權或其他財產權之規定，乃為促使原權利人善盡積極利用其財產之社會責任，並尊重長期占有之既成秩序，以增進公共利益而設，鈞院大法官會議議決釋字第二九一號解釋參照。而憲法第十五條亦定有明文，又中央法規標準法第五條第二項規定，關於人民權利義務者應以法律定之，第六條規定，應以法律規定之事項，不得以命令定之。聲請人依民法第七百七十二條之規定，請求登記為地上權人，遍查所有法律，並無因占有耕地時效完成，不得申請地上權登記之規定。聲請人所占有之土地上之建築物，係於民國五十八年七月一日以前即已興建，並設有戶籍在案，是於實施都市計畫以外地區建築管理辦法實施前（即民國五十八年七月一日前）已興建房屋之土地，雖事後編定為「特定農業區農牧用地」，其土地所有權人均得據以申請變更為建築用地。目前土地所有權人雖未申請變更地目為建地，然實質上係為建築用地，聲請人在系爭土地上建築使用，並非非法使用，且聲請人之房屋周圍亦以種植樹木為目的而占有，均符合民法第八百三十二條規定地上權之要件，是行政法院判決本案所引用內政部七十六年八月十七日台內地字第六二一四六四號函訂頒之「時效取得地上權登記審查要點」第三點第二款之規定，已違背憲法第十五條之規定。

此 致

司法院

附件：

- 一、彰化縣政府八二彰府訴字第一九八二八九號訴願決定書影本乙份
- 二、台灣省政府八三府訴一字第一五三九六三號再訴願決定書影本乙份
- 三、行政法院八十三年度判字第一六五七號判決書影本乙份
- 四、訴願書、再訴願書、行政訴訟起訴狀影本乙份

聲請人 陳羅 0 蓮

中 華 民 國 八 十 四 年 二 月 十 三 日

附件三：

行政法院判決

八十三年度判字第一六五七號

原告 陳羅〇蓮（住略）

被告 彰化縣北斗地政事務所

上當事人間因地籍圖事件，原告不服臺灣省政府中華民國八十三年六月十六日八三府訴一字第一五三九六三號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告占有坐落彰化縣溪州鄉〇〇段四二三-七三地號之部分土地，於民國八十二年十月十九日向被告申請測繪地上權位置圖，以便辦理時效取得地上權登記。被告以系爭土地有時效取得地上權登記審查要點第三條第二項情事，遂以八十二年十月二十一日北地二駁字第七八四四號通知書駁回其申請。原告不服，提起訴願、再訴願，均遭駁回，遂提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨如下：

原告起訴意旨略謂：一、原告自民國五十八年七月一日起即以行使地上權之意思，以建築物為目的，和平繼續占有坐落彰化縣溪州鄉〇〇段四二三之七三地號部分土地，因時效完成，依內政部訂頒時效取得地上權審查要點，向被告申請測繪位置圖，被告以原告所占有之土地為耕地為由，依上開審查要點規定，駁回原告之申請。惟按原告所占有之土地上之建築物於民國五十八年七月一日前即已興建，並設有戶籍在案，於實施都市計畫以外地區建築管理辦法實施前（即民國五十八年七月一日前）已興建房屋之土地，雖事後編定為「特定農業區農牧用地」，其土地所有權人均得據以申請變更為建築用地。目前土地所有權人雖未申請變更，原告亦不可能代替土地所有權人申請變更，但並不影響原告取得地上權之登記申請。二、按取得時效制度係為公益而設，依此制度取得之財產，應為憲法所保障（司法院大法官會議解釋釋字第二九一、三五〇號解釋參照），憲法第十五條定有明文。又中央法規標準法第五條第二項規定，關於人民權利義務者，應以法

律定之。第六條規定，應以法律規定之事項，不得以命令定之。原告依民法第七百七十二條之規定請求登記為地上權人，遍查所有法律，並無因占有耕地時效完成，不得申請地上權登記之規定，被告自不得引用內政部之行政命令限制原告取得財產權之登記。此項行政命令顯已抵觸法律，應屬無效。縱應為限制登記，亦應以法律定之。三、綜上所陳理由，被告以無效之行政命令，駁回原告之申請，訴願及再訴願決定機關予以維持，其認事用法非無違誤。敬祈鈞院明鑒，賜判決將原處分及訴願、再訴願決定均撤銷等語。

被告答辯意旨略謂：一、依內政部八十二年三月二十五日台（八二）內地字第八二〇三〇九三號函規定：申請人主張因時效完成申請地上權位置勘測，地政事務所應先依「時效取得地上權登記審查要點」等有關法令規定審查相符後始准予辦理。本案系爭土地溪州鄉〇〇段第四二三之七三號土地，經查編定使用種類為「特定農業區農牧用地」（附土地登記簿謄本）。依「時效取得地上權登記審查要點」第三點第二款規定：占有土地屬農業發展條例第三條第十一款所稱耕地，不得申請時效取得地上權登記。本所予以駁回，並無不合。二、原告聲稱系爭土地係於實施都市計畫以外地區，建築物管理辦法實施前即已建築房屋，土地所有權人得申請變更為建築用地。惟系爭土地在土地所有權人未依規定申請變更編定，並由主管機關核准變更編定前，本所無權逕自審定其係為建築用地，而予以辦理時效取得地上權位置勘測，原告之訴無理，請判決駁回等語。

#### 理 由

按「占有土地屬農業發展條例第三條第十一款所稱之耕地者，不得申請時效取得地上權登記。」內政部七十六年八月十七日台內地字第六二一四六四號函訂頒之「時效取得地上權登記審查要點第三點第二款定有明文。又主張因時效完成申請地上權位置勘測，地政事務所應依「時效取得地上權登記審查要點」等有關法令規定審查相符後始准予辦理。亦經內政部八十二年三月二十五日台內地字第八二〇三〇九三號函釋有案。本件原告以其自五十八年七月一日起即以行使地上權之意思，並以建築物為目的，和平、繼續占有座落彰化縣溪州鄉〇〇段四二三-七三地號內部分土地，因時效完成於八十二年十月十九日向

被告申請測量地上權位置圖，以期辦理時效取得地上權登記。被告以該項土地經非都市土地使用編定為特定農業區農牧用地，核屬耕地，認原告之申請與首揭審查要點及函釋不合，予以駁回。原告不服，主張取得時效制度係為公益而設，依此制度取得之財產應受憲法之保障。又依中央法規標準法之規定，關於人民權利義務者應以法律定之。應以法律規定之事項，不得以命令定之。民法並無耕地不得因時效取得地上權之規定。被告引用內政部之行政命令限制原告之申請，顯有未合云云。惟查系爭土地之地目為「田」，於五十六年十二月一日地目等則調整，編定使用種類為農業用地，嗣於六十九年九月九日復編定為非都市土地使用之特定農業區農牧用地，有土地登記簿謄本在卷足稽，是屬農業發展條例第三條第十一款所規定之耕地。既經編定為非都市使用之農牧用地，依區域計畫法之規定，自不得為編定使用範圍以外之使用。而地上權則以在他人土地上有建築物或其他工作物等為目的。系爭之耕地依法既不得為建築使用，自不得為地上權之標的。是原告在系爭地為非法之建築使用，即無時效取得地上權之餘地。內政部訂頒之首揭審查要點係為貫徹上述有關法律規定之意旨而制訂，自無違憲違法之可言。至系爭土地依法得申請變更為建築用地，屬土地所有人之權利，在未變更地目前，仍屬農業用地，自不得為地上權之標的。原告謂於其地上之取得並無影響云云，殊非有據。被告駁回原告之申請，一再訴願決定遞予維持，均無不當，原告仍執前詞指摘，求為撤銷，非有理由。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 三 年 八 月 五 日  
(本聲請書其餘附件略)

# 司法院釋字第四〇九號解釋

中華民國 85 年 7 月 5 日

院台大二字第 13239 號

## 解 釋 文

人民之財產權應受國家保障，惟國家因公用需要得依法限制人民土地所有權或取得人民之土地，此觀憲法第二十三條及第一百四十三條第一項之規定自明。徵收私有土地，給予相當補償，即為達成公用需要手段之一種，而徵收土地之要件及程序，憲法並未規定，係委由法律予以規範，此亦有憲法第一百零八條第一項第十四款可資依據。土地法第二百零八條第九款及都市計畫法第四十八條係就徵收土地之目的及用途所為之概括規定，但並非謂合於上述目的及用途者，即可任意實施徵收，仍應受土地法相關規定及土地法施行法第四十九條比例原則之限制。是上開土地法第二百零八條第九款及都市計畫法第四十八條，與憲法保障人民財產權之意旨尚無牴觸。然徵收土地究對人民財產權發生嚴重影響，法律就徵收之各項要件，自應詳加規定，前述土地法第二百零八條各款用語有欠具體明確，徵收程序之相關規定亦不盡周全，有關機關應檢討修正，併此指明。

## 解釋理由書

人民之財產權應予保障，憲法第十五條定有明文。惟國家因公用需要得依法限制人民土地所有權或取得人民之土地，此觀憲法第二十三條及第一百四十三條第一項之規定自明。徵收私有土地，給予相當補償，即為達成公用需要手段之一種，而徵收土地之要件及程序，憲法並未規定，係委由法律予以規範，此亦有憲法第一百零八條第一項第十四款可資依據（並參照本院釋字第二三六號解釋）。土地法第二百零八條規定：「國家因左列公共事業之需要得依本法之規定，徵收私有土地。但徵收之範圍，應以其事業所必需者為限：一、國防設備。二、交通事業。三、公用事業。四、水利事業。五、公共衛生。六、政府機關、地方自治機關及其他公共建築。七、教育學術及慈善事業。八、國營事業。九、其他由政府興辦以公共利益為目的之事

業」，都市計畫法第四十八條前段規定：「本法指定之公共設施保留地，供公用事業設施之用者，由各該事業機構依法予以徵收」，均係就徵收土地之目的及用途所為之概括規定，但並非謂合於上述目的及用途者，即可任意實施徵收，仍應受土地法相關規定及土地法施行法第四十九條：「徵收土地於不妨礙徵收目的之範圍內，應就損失最少之地方為之，並應儘量避免耕地」之限制。又土地法第二百二十二條至第二百三十五條之規定，為辦理徵收必須遵守之程序。且徵收補償發給完竣後一定期間內，土地未依計畫開始使用者，或未依核准徵收原定興辦事業使用者，原土地所有權人復得依同法第二百十九條行使收回權。是上開土地法第二百零八條第九款及都市計畫法第四十八條前段，旨在揭櫫徵收土地之用途應以興辦公共利益為目的之公共事業或公用事業之必要者為限，與憲法保障人民財產權之意旨尚無牴觸。

徵收土地對人民財產權發生嚴重影響，舉凡徵收土地之各項要件及應踐行之程序，法律規定應不厭其詳。有關徵收目的及用途之明確具體、衡量公益之標準以及徵收急迫性因素等，均應由法律予以明定，俾行政主管機關處理徵收事件及司法機關為適法性審查有所依據。尤其於徵收計畫確定前，應聽取土地所有權人及利害關係人之意見，俾公益考量與私益維護得以兼顧，且有促進決策之透明化作用。土地法第二百零八條各款用語有欠具體明確，徵收程序之規定亦不盡周全，有關機關應本諸上開意旨檢討修正，併此指明。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

抄何〇興聲請書

聲請主旨：

為行政院八十一年度判字第一八三一號適用民國（下同）  
六十二年九月六日公布都市計畫法第五十條第一項，土地法第二

0八條第九款、都市計畫法第四十八條，致生牴觸憲法第十五條、第二十三條保障人民財產權利之疑義，侵害聲請人之基本權利，懇請惠予解釋。

說明：

聲請人係依據司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請解釋憲法，茲依同法第八條規定將有關事項敘明如下：

一、解決疑義必須解釋憲法之理由及憲法條文：

(一)「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」「以上各條所列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」為憲法第十五條、第二十三條所明定，據此，在我國比例原則及依法行政原則俱為具憲法位階之法律原則，申言之，國家限制或干涉憲法所賦與人民之基本權利，苟未有法律明文依據或違反比例原則，即屬違憲。

(二)按嘉義市政府違背都市計畫法第四十八條之規定，依據業經撤銷之公共設施保留，徵收聲請人所有座落嘉義市000段二二一地號土地，核其情形，已違法律保留原則，使聲請人依憲法第十五條所賦與之財產權遭受行政機關違憲之侵害，聲請人就此雖依法提出訴願、再訴願及行政訴訟，惟均遭無理由駁回，是以聲請解釋。

二、疑義或爭議之性質與經過及對本案所採見解與立場

(一)緣聲請人為座落嘉義市000段二二一地號土地所有權人，上開土地為嘉義市政府列為嘉義市都市計畫鐵路以西二號公園用地，並報請台灣省政府於民國(下同)八十年五月十四日依府地二字第六三一00號函核准徵收，復經嘉義市政府八十年五月十五日八0府地用字第二二五一六號函通知公告徵收並謂如對公告事項認有錯誤或遺漏情事得於公告期間內檢具有關文件，以書面向該府提出異議。聲請人除於八十年五月二十五日檢具有關文件，以書面聲明異議，並於八十年六月間對台灣省政八十年五月十四日

府地二字第六三一〇〇號函核准徵收原告土地提出訴願，案經內政部八十年九月二十六日台（八〇）內訴字第八〇〇一三六二號決定訴願駁回。聲請人不服，乃於八十年十月二十四日提出再訴願，竟遭行政院八十一年四月二十三日決定再訴願駁回，嗣後提出行政訴訟，復遭行政法院以八十一年度判字第一八三一號（附件三）判決駁回，並經確定。

- (二)「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。」為中央法規標準法第十六條前段所明定，而就同一事項，都市計畫法之規定應優先於土地法之規定為適用，復為行政法院七十五年判字第一二四二號，七十年判字第五六八號等判決所明示，據此，都市計畫法為土地法之特別法，自屬無疑，而依上開中央法規標準法第十六條所揭示之特別法優於普通法之原則，就同一社會生活事實之規範，都市計畫法規定之適用順序自應優先於土地法之規定，合先說明。
- (三)「法規明定自公布或發布日施行者自公布或發布之日起算至第三日起發生效力。」「法規特定有施行日期或以命令特定施行日期者，自該特定日起發生效力。」「依前二項程序廢止之法規，得僅公布或發布其名稱及施行日期，並自公布或發布之日起，算至第三日起失效。」分別為中央法規標準法第十三條、第十四條、第二十二條第二項所明定，準此觀之，原則上法律自廢止失效時起，固不再有規範拘束力，而法律之施行亦應自上開規定之生效日起，發生其法律規範拘束力，不能及於中央法規標準法第十三條、第十四條所定之生效期日前既已存在之社會生活事實，申言之，法律經廢止時起，就中央法規標準法第二十三條第二項所定失效期日後之社會生活事實固未有規範拘束力，然他方面，縱使現行有效之法律，其規範拘束力，亦應嚴守不溯及既往之原則，而不能及於生效期日前業已存在之事實，又此原則復與行政法上信賴保護原則，法治

國原則息息相關，而凡此俱屬法律適用機關 - 行政機關、法院為行政行為、裁判應秉持之原則。

- (四) 依上開二、(二)之說明就實際都市計畫法區域內之土地，行政機關徵收之依據及程序自應優先適用都市計畫法之規定，苟都市計畫法就系爭事項已有明文規定，則初無捨特別法性質之都市計畫法的明文規定而就普通法性質之土地法規定之理。又依上開二、(三)之說明都市計畫法條文之適用時期，自不能逾溢上開中央法規標準法所定之法律施行期間，因此在舊法有效施行期間內，社會生活事實因該當法律構成要件而發生之法律效果，原則上即不能因嗣後該舊法經廢止，新法施行而受影響，此非但於中央法規標準法上有明文規定，亦為法治國原則，信賴保護原則及法律不溯及既往原則下當有的解釋。
- (五) 查「依本法指定之公共設施保留地供公用事業設施之用者，由各該事業機構依法予以徵收或購買，其餘由各該政府或鄉鎮、縣轄市所依左列方式取得」為都市計畫法第四十八條所明定，就此，依上開二、(二)說明，就實施都市計畫法區域內，其土地徵收自應據此規定辦理，申言之，得被徵收之土地須以業經行政機關編定為公共設施保留地且此公共設施保留須未經撤銷，保留須未經撤銷，否則，土地縱曾被編定為公共設施保留地，苟該公共設施保留於徵收前業經撤銷，則行政機關自不得再就該土地為徵收，否則，該徵收之行政行為即非適法。
- (六) 「公共設施保留地，在民國六十二年本法修正公布前尚未取得者，應自本法修正公布之日起十年內取得之。但有特殊情形，經上級政府之核准，得延長之，其延長期間至多五年，逾期不徵收，視為撤銷。本法修正公布後，依本法指定之公共設施保留地，其取得期限應依前項規定辦理，並自指定之日起算」。為六十二年九月六日公布施行之都市計畫法前第五十條第一、二項所明定，該條文其後雖於七十七年七月十五日經修正，惟依上開二、(三)之說

明，就本條文之該當社會生活事實，苟其該當法律要件之時點係於該條文施行之期間內，則因適用該條文所生之法律效果並不因嗣後該條文之修正而生影響。尤其人民因此而取得既得權之情形下，苟非另有法律依據，行政機關自不得任意加以剝奪，唯有如此方能符合法治原則、信賴保護原則、法律不溯既往原則及法律保留原則。

- (七)次查「保留徵收期間屆滿，依都市計畫法第四十九條規定（即都市計畫法於六十二年九月六日修正前，關於公共設施保留地取得期限之規定）固可視為撤銷保留，但有法定徵收之原因時，要非不許政府『另行依法』徵收」。「保留徵收土地之效力僅在保留徵收期間內，禁止土地權利人為妨礙徵收事業目的之使用，其保留期間屆滿尚未徵收時依法視為撤銷保留，此項視為撤銷保留徵收之土地，其土地權利人雖可自由使用，要非不許政府『另行依法』徵收。如有定徵收原因，政府自不妨『另依法定手續』而為徵收」。分別為行政法院六十一年度判字第二二三號判例、五十七年度判字第一六三號判例所採之見解，意指在上開保留徵收期間規定之施行期間內，苟行政機關逾保留徵收期間而未徵收公共設施保留地時，則該公共設施之保留即視為撤銷，行政機關即不得再依該業經撤銷之公共設施保留作為徵收土地之依據，若行政機關確信該土地為達成行政目的所必要而有徵收之必要，則惟有「另依法定手續」「另行依法徵收」一途矣！申言之，對於已逾保留徵收期間而未徵收之公共設施保留地，行政機關不得再依原都市計畫之公共設施保留為徵收，僅得依另行指定之公共設施保留為徵收之處分，其行政行為方屬適法，行政法院就此等判例見解，實與上開法治國原則，法律保留原則，信賴保護原則相契合，實屬的論，自值贊同。又此等因逾保留徵收期間而視為撤銷保留之法律效果，苟係在上開有關保留徵收期間規定之有效施行期間內即已發生者，則觀諸上開二、（三）所說明之法律不溯及既往之原則，自不

能因此等有關徵收期間規定嗣後經修正而否認業已發生之法律效果，更無法因此使原都市計畫之公共設施保留於經撤銷後，再取得公共設施保留之效力，申言之，有關保留徵收期間之規定縱嗣後經修正，惟對於業經撤銷公共設施保留之土地，行政機關欲再加徵收，則須另為公共設施保留之指定，始得依都市計畫法第四十八條為徵收。

(八)復查上開聲請人所有之土地（下稱系爭土地）於三十八年發布實施嘉義市計畫時即已編定為「公十三」，則系爭土地即於六十二年都市計畫法公布修正前已被列為公共設施保留地，則依上開六十二年九月六日公布施行之都市計畫法第五十條第一項，其取得期限應至七十二年九月間止，逾此保留徵收期間，核諸上開（二）（七）說明，行政機關惟有「另依法定手續」「另依法徵收」，而不能據此業遭撤銷之公共設施保留為徵收。按上開有關保留徵收期間之條文至七十七年七月十五日始經修正，因此，上開於七十二年九月間已發生公共設施保留撤銷之法律效果，自不能因嗣後該條文之修正而逕以推翻，又在法律不溯及既往原則下，此業經撤銷之公共設施保留更無法因條文之嗣後經修正，再度成為都市計畫法第四十八條行政機關徵收之依據（即無法引七十七年七月十五日起施行之法律條文作為七十七年七月十五日前已存在之社會生活事實之規範依據）。此外，嘉義市政府又無上開保留徵收期間規定第二項之延長取得期限情事，據此，嘉義市政府之徵收處分、台灣省政府之訴願決定及內政部之再訴願決定，於法均有未合，惟行政法院就聲請人所提起之行政訴訟，於八十一年度判字第一八三一號判決中稱：「土地法第二百零八條第九款、都市計畫法第四十八條前段分別定有明文。本件嘉義市政府為辦理市中心（西北部分）都市計畫二號公園工程，需用原告所有座落嘉義市000段二一七-一00地號土地，需用土地機關乃依規定檢附徵收土地計畫書連同徵收土地有無妨礙都市計畫證明書，報經被告八十

年五月十四日府地二字第六三一〇〇號核准徵收及附帶徵收其地上物，並依土地法第二百二十三條第一項第一款規定，報請中央地政主管機關備查，嘉義市政府亦以八十年五月十五日府地用字第二二五一六號公告徵收。從而被告核准系爭土地之徵收，揆諸首揭法條規定及說明，尚非無據。」「至原告以六十二年九月六日公布施行之都市計畫法第五十條關於公共設施保留地期限業已刪除，則原列為保留地之土地，當然視為撤銷，參照鈞院七十九年度判字第九七六號判決意旨，亦不得徵收等語。第查系爭土地係依土地法第二百零八條第九款及都市計畫法第四十八條規定辦理徵收，並不以都市計畫業已修正刪除保留期而受影響限制，況本院上開判決係僅具體個案拘束力之另案判決，其既非判例，原告要不得執此資為有利之論據。綜上以觀，原處分核無違誤，一再訴願決定遞予維持，均無不合，原告起訴論旨，非有理由，應予駁回。」而駁回聲請人之請求，行政法院就此非但於法未合，甚且該判決就聲請人於憲法上所保障之財產權於土地法第二〇八條第九款、都市計畫法第四十八條之適用上，有牴觸憲法之嫌，蓋如前開說明都市計畫法為土地法之特別法，而都市計畫法既就行政機關徵收土地之行政行為設有限制，即行政機關擬徵收之土地須經編定為公共設施保留地，且該公共設施之保留於行政機關為徵收之際未經撤銷為限，惟系爭土地之公共設施保留既已視為撤銷，則何能再為行政機關徵收系爭土地之依據？此其一。又如上開二、（七）之說明，對於已逾保留徵收期間而未徵收之公共設施保留地，若行政機關確信該土地為達成行政目的所不可缺而有徵收之必要時，僅得依另行指定之公共設施保留為徵收處分之依據，而嘉義市政府於七十二年後就系爭土地未曾另行指定公共設施之保留，即依土地法第二二三條報請中央主管機關核准，並依土地法第二二七條另案公告，而行政法院就此依都市計畫法第四十八條、土地法第二〇

八條第九款認定嘉義市政府徵收系爭土地之處分於法並無不合，即屬違憲此其二。

三、有關機關處理本案之主要文件及其說明

證物一：內政部八十年九月二十六日台（八十）內訴字第八〇〇一三六二號決定書。

證物二：行政院八十一年四月二十三日台八十一訴字第一三六五六四號決定書。

證物三：行政法院八十一年度判字第一八三一號判決書。

四、聲請解釋憲法之目的

依憲法第十五條之規定，人民之財產權應受憲法之保障，國家就此憲法所賦與之財產權苟欲加以限制、干涉甚至加以剝奪，依憲法第二十三條之規定，非但須有法律明文規定，且須符合比例原則，行政機關所為侵害人民財產之行政行為方屬適法。行政法院所為上開聲請人敗訴之判決雖同引土地法第二〇八條第九款、都市計畫法第四十八條前段作為法律依據，惟依六十二年九月六日公布之都市計畫法第五十條所生撤銷公共設施保留之法律效果既無法因嗣後該條文之修正而加以否認，而嘉義市政府就系爭土地又未曾另為公共設施保留之指定，職是嘉義市政府就系爭土地所為之徵收處分，自係違法，而行政法院於本案確定判決所適用之法律，即屬違憲，為此爰依法聲請大院解釋行政法院於本案判決適用之土地法第二〇八條第九款，都市計畫法第四十八條，六十二年九月六日公布之前都市計畫法第五十條所持見解，違背憲法，是為至禱。

謹 呈

司法院  
中 華 民 國

聲請人 何〇興

八 十 三 年 十 月 十 二 日

附件三：

行政法院判決

八十一年度判字第一八三一號

原 告 何〇興 (住略)

訴訟代理人 王秋霜 律師

被 告 台灣省政府

訴訟代理人 張〇城 被告職員

上當事人間因土地徵收事件，原告不服行政院中華民國八十一年四月二十三日台八十一訴字第一三六五六號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

### 主 文

原告之訴駁回。

### 事 實

緣嘉義市政府為取得都市計畫鐵路以西二號公園用地，需用原告所有座落嘉義市〇〇〇段二二一號(二一七二分之三二六持分)土地，乃依規定報經被告80.5.14府地工字第六三一〇〇號函核准徵收，案經嘉義市政府80.5.15八〇府地用字第二二五一六號公告，並通知土地所有權人，徵詢異議，依序徵收，原告以被告核准徵收時，系爭土地登記簿上尚屬嘉義市名稱，則其徵收本件土地之程序已有違法，且「公二」公園依都市計畫說明書記載係位於公道一之東端，系爭土地非屬「公二」公園預定地，若確實「公二」預定地，依修正都市計畫法第五十條規定其保留期間，亦七十七年間屆滿十五年，依法應視為撤銷保留，被告核准徵收實有未告，請求撤銷未獲准許，依序提起一再訴願後均遭駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨於次：原告起訴意旨及補充理由略謂：甲、程序方面：一、按依六十二年九月六日公布之都市計畫法第五十條第一項規定：「公共設施保留地，在民國六十二年本法修正公布前尚未取得者，應自本法修正公布之日起十年內取得之。但有特殊情形，經上級政府之核准，得延長之；其延長期間至多五年，逾期不徵收，視為撤銷。」第二項「本法修正公布後，依本法指定之公共設施保留地，其取得期限應依前項規定辦理，並自指定之日起算。」是凡於六十二年都市計畫法公布修正前已被列公共設施保留地之土地需用機關需於十年內(亦即七十二年九月五日以前取得之，但有特殊情形經上級政府之核准得延長之，其延長期間至多五年，逾期不徵收，視為撤銷。系爭土地倘行政院決定書所

持理由正確：「又系爭土地於三十八年發布實施嘉義市計畫時即已編定公十三」，則系爭土地即於六十二年都市計畫法公布修正前已被列為公共設施保留地，則依六十二年九月六日公布施行之都市計畫法第五十條第一項，倘無經上級政府核准延長，其取得期限應至七十二年九月五日止，逾期不徵收，即視為撤銷。本件系爭土地於七十二年九月五日前並未經上級政府核准延長取得期限，是以系爭土地於七十二年九月五日需用機關即嘉義市政府既未取得，當然視為撤銷。二、按依土地法所為之登記有絕對效力，土地法第四十五條定有明文，準此以觀，土地所有權人為何，應依土地登記簿之記載為準。復按被徵收土地所有權人之認定，參照土地法第二百二十七條及同法施行法第五十五條、第五十六條各規定，應以徵收公告之日，土地登記簿之記載為準，系爭土地嘉義市政府遲至八十年五月十八日始將系爭土地回復登記為原告等所有，有附呈之土地所有權狀影本可稽，乃嘉義市政府得以原告為土地所有權人為通知並發放補償費之對象？行政院決定書疏未就此點詳察，顯失之草率。退萬步言，原告為本次徵收之土地所有權人無誤，本次核准徵收亦因迄未獲徵收補償費而失其效力。按徵收土地應補償之土地及其他補償費，應於公告期滿後十五日內發給之，土地法第二百三十三條前段定有明文。查本次徵收，需用土地機關嘉義市政府自八十年五月十五日起公告三十天至六月十四日公告期滿，迄今近一年，嘉義市政府竟未發放任何補償費，亦未依法提存，依司法院院字第二七〇四號、釋字第一一〇號解釋意旨，本次徵收土地核准案應於八十年六月十四日後十五天，即八十年六月廿九日失其效力。另查系爭土地本次徵收發給補償費，訴外人何勝義係於八十年四月間收到嘉義市政府之通知，此後並未再行收到任何通知。然查八十年四月九日嘉義市政府之通知乃就前次徵收補償費過低而發放差額地價補償費，與本次徵收無關。乙、實體方面；一、系爭土地於三十八年發布實施嘉義市都市計畫並未被編定為公十三。按「市鎮計畫應先擬定主要計畫書，並視其實際情形，就左列事項分別表明之 八、學校用地、大型公園、批發市場及供作全部計畫地區範圍使用之公共設施用地。前項主要計畫書，除用文字、圖表說明外，應附主要計畫圖。」都市計畫法第十五條定有明文。「都市計

畫書、圖製作規則」第五條規定：「計畫圖之底圖繪製後，可製成第二原圖再行藍曬。計畫底圖應妥為保管。」第九條規定：「主管機關對發布實施之計畫圖至少應裱褙一份妥為保存。」第十一條規定：「二、主要計畫書應以圖表補充說明，所附圖表至少應包括左列各項（13）計畫公園綠地表（面積及編號）」。規定上開圖表自應妥為保管，惟省住都局以七十九年四月廿四日市二字第一九六〇號函覆原告，卻謂查該等資料距今已久，本處已無該資料」等語。凡此種種證據均足以證實系爭圖表並非三十八年都市計畫之圖表，應係後人添附，故不足為證。懇求命嘉義市政府都市計畫課提出三十八年十月廿九日發布實施計畫及圖至貴院當庭提示原告辨認，方能證明真偽。綜上所述，行政院決定書謂系爭土地於三十八年發布實施嘉義市都市計畫時即已編定為公十三，即嫌於法無據。二、系爭土地並未因六十四年六月十日發布之變更嘉義市中心地區（西北部分）都市計畫變更為公二。依六十四年「嘉義市中心地區（西北部分）都市計畫說明書」第三十頁載稱：「1.公園 - 共設五處，編號自公一至公五，公一位在計畫區之北端，為原有計畫之公五改編者，公二、公三、公四位在計畫公道一之東端，為原有計畫之公十二等改編者，公五位在車店聚落之北側，係由原有計畫之公十四改編者」，由上開都市計畫說明書之記載及都市計畫圖可知，公二、公三、公四係位在計畫「公道一」之東端為原有計畫之公十二改編，而計畫「公道一」之東端為原有計畫之公十二改編而計畫「公道一」之東端係指處於公道六之下方與垂楊路間隔之處，即「公道一」之下方，有公二（粉紅色部分）、公三（黃色部分）、公四（橙色部分）三處相連之公園預定地。此三處公園預定地，為計畫公十二、圓環（黑色部分）、公道七（黑色交叉線部分）改編而成。據此，公道一之東端已有三處公園預定地，何以原計畫公十三張冠李戴誤冠「公二」之名稱？實令人費解，請將再訴願決定、訴願決定及原處分均撤銷等語。被告答辯意旨略謂：按國家因興辦公共事業之需要，得徵收私有土地，土地法第二百零八條定有明文，又都市計畫法第四十八條規定都市計畫範圍內公共設施保留地該管政府得依徵收方式取得，本案嘉義市政府為開闢都市計畫二號公園，需用該市〇〇〇段二一七 - 一〇〇號等土地九筆計

面積一．二六八六公頃，並附帶徵收其地上物，經與土地所有權人協議不成，另擬具徵收計畫書圖說清冊等依法報請徵收，被告於八十年五月十四日八十府地二字第六三一〇〇號函核准徵收，並報奉內政部八十年五月二十日台(80)內地字第九二九二七九號函同意備查。嘉義市政府隨以八十年五月十五日八〇府地用字第二二五一六號通知公告徵收，原告請求變更都市計畫免予徵收遂提起訴願、再訴願，均遭駁回。本案徵收土地位處市中心區，是否適於列為公園用地，公園編號名稱是否錯誤，係屬都市計畫問題，要與被告核准徵收無關。原告之訴為無理由請予駁回等語。

### 理 由

按「國家因左列公共事業之需要得依本法之規定，徵收私有土地。但徵收之範圍，應以其事業所必需者為限 九、其他由政府興辦以公共利益為目的之事業。」、「本法指定之公共設施保留地，供公用事業設施之用者，由各該事業機構依法予以徵收」土地法第二百零八條第九款、都市計畫法第四十八條前段分別定有明文。本件嘉義市政府為辦理市中心（西北部分）都市計畫二號公園工程，需用原告所有座落嘉義市〇〇〇段二一七-一〇〇地號土地，需用土地機關乃依規定檢附徵收土地計畫書連同徵收土地有無妨礙都市計畫證明書，報經被告 80.5.14 府地二字第六三一〇〇號核准徵收及附帶徵收其地上物，並依土地法第二百二十三條第一項第一款規定，報請中央地政主管機關備查，嘉義市政府亦以 80.5.15 府地用字第二二五一六號公告徵收。從而被告核准系爭土地之徵收，揆諸首揭法條規定及說明，尚非無據。原告指稱：被告核准徵收系爭土地時，土地登記簿所記載之土地所有權人為嘉義市名義，被告核准徵收程序顯然違法乙節。經查系爭土地曾經被告於七十七年八月十九日以 77.府地四字第八九一四〇號函核准徵收，嘉義市政府雖於七十八年九月十九日將系爭土地登記於嘉義市名下，惟該項徵收處分，業經內政部八十年四月十七日台 77 內訴字第八八四〇九四號訴願決定書將原告何〇興以及何〇義、何〇成、何〇興、何〇蓮、何〇花、杜何〇珠等七人土地部分撤銷，則此部分在程序上已回復至尚未徵收之狀態，就被告 80.7.30 (80) 府地二字第 一六八〇六八號函：嘉義市政府因原告未及繳回前已領取之徵

收補償費，為防止其自由處分，故於另案辦理公告時，始回復其所有權登記以觀，原處分亦無不合。原告復謂系爭土地本次徵收原告並未收到發放補償費之通知，訴外人何〇義雖於八十年四月間收到嘉義市政府之通知，然上開通知係就前次徵收補償費過低而發放差額地價補償費，與本次徵收無關，本次徵收核准案，應於八十年六月十四日後十五天，即八十年六月二十九日失其效力云云。惟就本院受命評事八十一年九月四日進行調查時，需用土地機關嘉義市政府人員陳〇龍、羅〇興庭呈之該府八十年六月二十八日府地用字第〇三〇二七六號函：「本府辦理（西北部分）二號公園用地徵收台端所有土地及地上物，業經本府依法公告期滿確定在案，茲訂於八十年六月二十八日上午九時至下午三時在本府地政科發放補償費，屆時請親自攜帶身分證印章，前來具領，逾期未領當依法提存法院 附補償費明細表一份。」及陳〇龍等陳稱：「八十年六月二十八日已通知原告領取補償費」陳述以觀，原告此部分主張顯與事實不符。原告又以系爭土地並未因六十四年六月十日發布之變更嘉義市中心地區（西北部分）都市計畫變更為公二。蓋依上開都市計畫說明書第三頁所載，公二、公三、公四係在計畫「公道一」之東端 據此「公道一」之東端已有三處公園預定地，何以原計畫公十三誤冠公二之名稱令人費解云云。經查系爭土地係由原公十三等改編，嘉義市政府六十四年六月十日嘉府嘉建都字第四六八九二號發布之都市計畫說明書第三十二頁附表十「公二鄰里公園，面積一點七八公頃，原計畫為公十三」記載甚詳。復據被告代理人張〇城及嘉義市政府人員陳〇龍、羅〇興於本院受命評事進行調查時，指稱：「都市計畫與徵收公告所載並無不合，都市計畫公告縱有問題，應另循法律程序救濟，與本件無涉。」及「都市計畫公告與徵收是兩回事，系爭土地係在徵收公告範圍內」等觀之，本件公園編號名稱有無錯誤，係屬都市計畫問題，要與被告核准徵收無關，原告此部分主張，難謂有理。至原告以六十二年九月六日公布施行之都市計畫法第五十條關於公共設施保留地期限業已刪除，則原列為保留地之土地，當然視為撤銷，參照鈞院七十九年度判字第九七六號判決意旨，亦不得徵收等語。第查系爭土地係依土地法第二百零八條第九款及都市計畫法第四十八條規定辦理徵收，並不以都市計畫

業已修正刪除保留期限而受影響限制，況本院上開判決係僅具體個案拘束力之另案判決，其既非判例，原告要不得執此資為有利之論據。綜上以觀，原處分核無違誤，一再訴願決定遞予維持，均無不合，原告起訴論旨，非有理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 一 年 九 月 十 日  
(本聲請書其餘附件略)

## 司法院釋字第四一〇號解釋

中華民國 85 年 7 月 19 日

院台大二字第 14445 號

### 解 釋 文

民法親屬編施行法第一條規定「關於親屬之事件，在民法親屬編施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法親屬編之規定。其在修正前發生者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定」，旨在尊重民法親屬編施行前或修正前原已存在之法律秩序，以維護法安定之要求，同時對於原已發生之法律秩序認不應仍繼續維持或須變更者，則於該施行法設特別規定，以資調和，與憲法並無牴觸。惟查關於夫妻聯合財產制之規定，民國七十四年六月三日修正前民法第一千零十七條第一項規定：「聯合財產中，妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，為妻之原有財產，保有其所有權」，同條第二項規定：「聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產部分，為夫所有」，第三項規定：「由妻之原有財產所生之孳息，其所有權歸屬於夫」，及最高法院五十五年台抗字第一六一號判例謂「妻於婚姻關係存續中始行取得之財產，如不能證明其為特有或原有財產，依民法第一千零十六條及第一千零十七條第二項之規定，即屬聯合財產，其所有權應屬於夫」，基於憲法第七條男女平等原則之考量，民法第一千零十七條已於七十四年六月三日予以修正，上開最高法院判例亦因適用修正後之民法，而不再援用。由於民法親屬編施行法對於民法第一千零十七條夫妻聯合財產所有權歸屬之修正，未設特別規定，致使在修正前已發生現尚存在之聯合財產，仍適用修正前之規定，由夫繼續享有權利，未能貫徹憲法保障男女平等之意旨。對於民法親屬編修正前已發生現尚存在之聯合財產中，不屬於夫之原有財產及妻之原有財產部分，應如何處理，俾符男女平等原則，有關機關應儘速於民法親屬編施行法之相關規定檢討修正。至遺產及贈與稅法第十六條第十一款被繼承人配偶及子女之原有財產或特有財產，經辦理登記或確有證明者，不計入遺產總額之規定，所稱「被繼承人之配偶」並不分夫或妻，均有其適用，

與憲法第七條所保障男女平等之原則，亦無牴觸。

### 解釋理由書

民法親屬編施行法第一條規定「關於親屬之事件，在民法親屬編施行前發生者，除本施行法有特別規定外，不適用民法親屬編之規定。其在修正前發生者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定」，旨在尊重民法親屬編施行前或修正前原已存在之法律秩序，以維護法安定之要求，同時對於原已發生之法律秩序認不應仍繼續維持或須變更者，則於該施行法設特別規定，以資調和，與憲法並無牴觸。惟查關於夫妻聯合財產制之規定，民國七十四年六月三日修正前民法第一千零十七條第一項規定：「聯合財產中，妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，為妻之原有財產，保有其所有權」，同條第二項規定：「聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產部分，為夫所有」，同條第三項：「由妻之原有財產所生之孳息，其所有權歸屬於夫」，及最高法院五十五年度台抗字第一六一號判例謂「妻於婚姻關係存續中始行取得之財產，如不能證明其為特有或原有財產，依民法第一千零十六條及第一千零十七條第二項之規定，即屬聯合財產，其所有權應屬於夫」，基於憲法第七條男女平等原則之考量，故七十四年六月三日民法對此已加修正，即修正後民法第一千零十七條第一項規定：「聯合財產中，夫或妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中取得之財產，為夫或妻之原有財產，各保有其所有權」，同條第二項規定：「聯合財產中，不能證明為夫或妻所有之財產，推定為夫妻共有之原有財產」，並將同條第三項刪除。關於聯合財產之管理，修正後之民法第一千零十八條規定：「聯合財產，由夫管理。但約定由妻管理時，從其約定。其管理費用由有管理權之一方負擔。聯合財產由妻管理時，第一千零十九條至第一千零三十條關於夫權利義務之規定，適用於妻，關於妻權利義務之規定，適用於夫」，以符合憲法規定。上開最高法院判例，亦因適用修正後之民法，而不再援用。由於上述修正之規定，對於發生於修正前者，依民法親屬編施行法第一條後段規定：「除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定」，而同法施行

法對於民法第一千零十七條夫妻聯合財產所有權歸屬部分之修正，並未設特別規定，致仍適用修正前之規定，修正前已發生且現尚存在聯合財產中，不屬於夫之原有財產及妻之原有財產部分仍由夫繼續享有其所有權及對妻原有財產所生孳息之所有權暨對聯合財產之管理權，未能貫徹男女平等精神等意旨，有關機關應儘速檢討修正民法親屬編施行法相關規定，以使修正前聯合財產之所有權及管理權與既有法律秩序之維護，獲得平衡。又遺產及贈與稅法第十六條第十一款被繼承人配偶及子女之原有財產或特有財產，經辦理登記或確有證明者，不計入遺產總額之規定，所稱「被繼承人之配偶」並不分夫或妻，均有其適用，與憲法第七條所保障男女平等之原則，亦無抵觸。至適用七十四年六月三日修正前民法第一千零十七條第二項規定，致遺產總額之計算發生差異，係因民法親屬編施行法第一條後段規定之結果，尚難謂該條稅法之規定違背憲法第七條規定。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

抄廖吳〇梅聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第一項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如下。

聲請事項：

為聲請人受最高法院八十二年度台上字第一五〇三號、台灣高等法院八十一年度上更（一）字第二三四號及台灣台北地方法院七十九年度訴字第四六五八號民事確定判決，其適用違憲法規之結果，違反憲法第七條、第十五條、及增修條文第十八條第三項之規定，侵害聲請人受憲法保障之平等權、工作權及財產權，茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請貴院大法官會議解釋民國七十四年六月五日修正前民法親屬編（以下

稱舊民法)第一千零十六條、一千零十七條第二項、民法親屬編施行法第一條後段之規定、最高法院五十五年台抗字第一六一號判例及民事法院依上開規定與判例而諭知聲請人敗訴之確定判決，牴觸憲法。

說明：

一、聲請解釋憲法之目的：

男與女的區別，至多只在生理上或功能上有所不同，並不因而衍生價值衡量上的差異。因此，當一對男女組成一個家庭，彼此分擔家庭中相同或不同性質之工作，他們所付出的勞力與心力，應是等量齊觀，並且依據彼此之努力所獲得之財產，亦應肯定其獨立且完整之權利。但舊民法第一千零十六條、一千零十七條第二項規定及最高法院五十五年台抗字第一六一號判例依該規定所為之闡釋，仍舊抱持著「妻為夫之附屬物，妻之財產均歸夫所有」的傳統觀念，不但有違登記公示之大原則，且剝奪已婚婦女在憲法上所享有之獨立財產權，更成為對婦女進入婚姻之最大懲罰！如此與憲法所揭諸之男女平等原則及憲法所保障之工作權、財產權，實有違背！雖民法於民國七十四年六月三日做了大幅之修正，並將上述規定儘量朝兩性平等的方向修改，但是由於民法親屬編施行法第一條後段規定了不溯及既往之原則，無疑又將已婚婦女區隔成兩類，予以差別待遇，致令在七十四年六月五日以前結婚並取得財產之婦女未能受到新修正法律的潤澤，而須永遠忍受著惡法所帶來的惡害。故懇請 貴院大法官會議本著公平正義之精神儘速審查本案，並立即作成具體解釋，宣告如聲請事項，俾使法律能落實憲法保障男女平等之原則，並使聲請人回復其憲法所保障之基本權利。

二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文：

(一)緣聲請人與廖○田於民國六十一年十一月二十五日結婚，婚後兩人白手起家，共同經營油罐車，將經營所得利潤共同投資購買不動產。先後共購買三棟房地產，第一、三棟登記夫之名義，第二棟登記妻之名義，歸妻所有。夫妻事

業穩固後，夫即外遇不斷，甚至毆打聲請人，最後經聲請人以通姦、不堪同居之虐待及難以維持婚姻共同生活而請求判決離婚。經台灣板橋地方法院於七十八年十一月間判決離婚確定，夫廖〇田隨即向台灣台北地方法院起訴，請求將七十一年購得登記為聲請人名下的唯一不動產，即座落台北市松山區〇〇段一小段六四〇地號之土地應有部分四分之一及地上建物門牌號碼為台北市南京東路四段五七巷〇〇弄〇號（嗣改編為台北市敦化北路一五五巷〇〇〇號）地面層面積九二．九五平方公尺暨廊台面積十七．一五平方公尺之房屋，更名登記為夫廖〇田所有。

- (二) 歷經三審之訴訟程序，聲請人主張：系爭房地為聲請人所有，並登記為聲請人之名義，依登記公示之大原則，廖〇田既起訴主張系爭財產為其所有，依舉證責任分配之原則，自應由廖〇田就系爭財產為其所有之情事負舉證之責。其次，系爭財產係雙方合夥經營大小油罐車，以所得之款即聲請人勞力所得報酬所購買，依舊民法第一千零十三條第四款規定，為聲請人之特有財產。如認系爭不動產之資金來源非全部屬聲請人之勞力所得之報酬，非聲請人之特有財產，亦屬廖〇田為酬謝聲請人多年之辛勞，將之贈送予聲請人，經聲請人允受而辦妥所有權登記，依舊民法第一千零十七條規定，亦為聲請人之原有財產。且經聲請人提出多年經營油罐車聲請人親筆記帳之帳冊原本，以及廖〇田親筆書寫之切結書多紙，並經出賣人出庭作證。但均不為歷審法院所採納，而為聲請人敗訴之判決確定。
- (三) 綜觀三審對聲請人敗訴判決之理由，無非是依據民法親屬編施行法第一條後段規定而適用舊民法第一千零十六、一千零十七條第二項之規定及援引最高法院五十五年台抗字第一六一號判例，認為「婚姻關係存續中始行取得之財產，如妻不能證明為其特有財產或原有財產，依修正前民法親屬編第一千零十六條及一千零十七條第二項之規定，即屬聯合財產，其所有權歸屬於夫。」一方面將系爭財產

是否為廖0田所有之舉證責任，判由聲請人負擔；他方面復認為聲請人無法證明系爭財產為其勞力所得之報酬，或為廖0田無償贈與之情事，且聲請人認為系爭財產若非其特有財產，亦屬其原有財產，則其所主張之法律關係顯有自相矛盾之處，完全罔顧登記之公信力，亦完全忽略夫妻婚姻共同生活中，夫妻共同協力創業之成果應由夫妻共享之平等精神！廖0田隨即持該確定判決至地政機關辦理更名登記，並占有聲請人惟一所有之土地及建物。聲請人將近十七年的婚姻，以及對婚姻的犧牲奉獻，因上開法律之規定及判例之闡述，落得孑然一身，掃地出門。

(四)按男女在法律上一律平等，為憲法第七條首先揭櫫之平等原則，即「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」此外，憲法亦於第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」再者，民國八十一年新增修之憲法條文第十八條第三項復強調「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」更是憲法積極的對兩性平等所為之重大宣示。而今由於民法親屬編施行法第一條後段規定，使有違憲嫌疑之舊民法第一千零十六條、一千零十七條第二項規定，以及最高法院五十五年台抗字第一六一號判例繼續對本案有適用餘地，致使聲請人受憲法所保障之平等權、工作權及財產權受到損害及剝奪，聲請人已別無其他法律上之救濟途徑，故依法聲請大法官會議解釋前揭規定及判例，違背憲法第七條、第十五條及憲法增修條文第十八條第三項之規定。

### 三、聲請解釋憲法之理由及對本案所持之立場與見解：

#### (一)聲請解釋憲法之理由

緣最高法院八十二年度台上字第一五〇三號民事確定判決，維持台灣高等法院八十一年度上更(一)字第二三四號判決所持之見解，係依據民法親屬編施行法第一條後段規定而適用舊民法第一千零十六條、一千零十七條之規

定及援引最高法院依該規定而作成的五十五年台抗字第一六一號判例。其中，舊民法第一千零十六條規定：「結婚時屬於夫妻之財產，及婚姻關係存續中，夫妻所取得之財產，為其聯合財產，但依第一千零十三條規定，妻之特有財產不在其內。」舊民法第一千零十七條復規定：「聯合財產中，妻於結婚時所有之財產，及婚姻關係存續中因繼承或其他無償取得之財產，為妻之原有財產，保有其所有權。聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有。由妻之原有財產所生之孳息，其所有權歸屬於夫。」從上述兩項規定，可以明顯看出立法者對兩性在聯合財產的制度內有不同之價值衡量。因為加入聯合財產，對妻而言是比較不利的選擇，亦即若不加入聯合財產，則妻對其財產保有所有權、管理權以及孳息收取權，但若加入聯合財產，妻僅能保有所有權；反之，加入聯合財產對夫則十分有利，因為夫不但可以享有自己之特有及原有財產的所有權、管理權以及妻原有財產之孳息收取權，甚至還包括某項財產不屬於夫或妻之特有或原有財產的所有權（以下簡稱：不明財產之所有權）。而最高法院五十五年台抗字第一六一號判例後段又進一步闡述：「妻於婚姻關係存續中始行取得之財產，如不能證明其為特有或原有財產，依民法第一千零十六條及第一千零十七條第二項之規定，即屬聯合財產，其所有權應屬於夫。」如此似又將立法之文義作了更延伸之解釋，因為上述兩項規定僅僅說明，若某項財產不屬於夫或妻之特有或原有財產，夫只是毋庸舉證該項財產為其所有而已。因此配合民事訴訟法第二百七十七條舉證責任分配之原則，若妻起訴主張某項財產為其所有，應就該項財產為其特有或原有財產負舉證責任；若夫起訴主張某項財產為其所有，則應就該項財產並非妻之特有或原有財產負舉證之責。然最高法院上述之判例，卻將舊民法第一千零十六條、一千零十七條第二項規定之適用，推向了更不利於妻之情境，換言之，即

便為夫起訴主張某項財產為夫所有，仍由妻負擔最終之舉證責任。如此對於男女兩性所經營之婚姻與家庭，無異更強化雙方間之不平等關係！

(二)對本案所持之立場與見解

1. 按舊民法第一千零十六條、一千零十七條第二項規定及五十五年台抗字第一六一號判例，均係明顯針對已婚男女兩性為不同之處遇。其中舊民法之上述規定可以看出是對已婚男女的工作評價、財產權保障有所不同，而上述判例更進一步認為兩性在訴訟主張的負擔上亦有差異。雖然這些法規範與憲法第十五條對工作權、財產權之保障有關，但主要的問題仍屬涉及憲法第七條平等權的部分。關於平等權之目的合憲性審查，首應強調的是憲法並非全面禁止立法者為差別待遇，只是立法者進行差別待遇的前提，必需是規範的對象在可比較的基礎上，有顯著之差異，若對之等同處置，反而會造成不公之結果。且平等權所宣示的理念是「相同之事物，應為相同之處理；不同之事物，應依其特性，為不同之處理。」（註一）此即說明若事物本質相同卻施以不同對待；或事物本質不同，反而等同視之，均與平等之意義有違。因此，立法者根據事物本質的差異，所進行的差別待遇，仍被理解在憲法平等保護原則的範圍之內。至於憲法第七條將其中關於「男女、宗教、種族、階級、黨派」此等最易涉及平等論爭的分類，先行例示，顯見此等分類應較其他未例示之分類，受到更嚴格之合憲審查。而今上述規定及判例明顯針對「性別」及「已婚與未婚者」在工作評價、財產保護及訴訟主張的擔負上，給予不同之規範。難道男與女、已婚與未婚真的有如此顯著的特色存在，以致於有為差別待遇之必要？
2. 關於舊民法第一千零十六條及一千零十七條第二項規定
  - ① 舊民法第一千零十六條及一千零十七條第二項規定的立法理由記錄，大多已逸失或無記載，但從當時的立

場環境以及其後形成的判例和學說的見解，大約可以歸納出兩點，其一，制定民法之初，由於當時的社會環境仍大多保持著傳統社會中「男主外，女主內」的生活模式。女性只存在於家庭內，很少在外勞動以賺取貨幣薪資，因而也就難以透過市場交易以取得經濟資產。因此，即便某項財產係登記在妻名義之下，絕大多數的情形仍是夫所購買，且在夫的使用管理之下，既然社會的多數情況是如此，法律不過依循著社會現狀來加以制定罷了。其二，民法制定當時參酌各國立法例而規定了夫妻財產制，作為夫妻相互間自結婚起至婚姻解消為止，一切財產關係的準則。但該內容不獨規範於夫妻之間而已，當財產實際上為夫所購買且為夫管領之下，卻故意將該項財產登記為妻之名義，顯有詐害夫之債權人藉脫產以避免強制執行的意圖。故為保護夫之債權人，有「必要」在立法上規定該財產仍屬夫所有，以杜絕弊端。

- ②若上述舊民法規定之立法理由確實如此，那麼立法者一開始便否定女性在家勞動的工作價值，不認為女性對家庭的勞務付出可以獲取任何的財產權利。難道說已婚女性養育兒女、操持家務的工作不算工作？事實上否認已婚婦女對於家庭之貢獻的立法，無疑地將阻礙婦女走入婚姻的意願，尤其是於現今男女受教育機會均等的情形下，女性為其家庭放棄可能獲得的經濟上利益與事實上之成就，使得其配偶於職場上獲取所得，其對於婚姻家庭所付出貢獻之價值，實應與其配偶於職場上所獲取之所得相當。況憲法增修條文第九條第三項明文規定：「國家應維護婦女之人格尊格，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」否則已婚婦女對於家庭貢獻之價值，又如何能落實憲法保障婦女人格尊嚴之意旨？此外不可否認地無論是由於傳統上或生理上之因素，「男主

外，女主內」為我國現今大部之婚姻模式，女性往往因為家庭或照顧子女必須放棄或僅從事部分工時之工作，如果我們亦同時否認其為家庭付出勞務之價值，是否亦有性別歧視之嫌疑？環顧世界先進諸國，如德國、瑞士等國家皆已於法文中明白規定，承認婦女對於家庭貢獻之價值，例如德國於一九七七年修正其民法第一千五百八十七條以下之條文時，於其修法意旨即明白表示：「婚姻關係中，雖然夫妻將其各自任務區分為賺取所得與家務勞動，然而其因此而產生之價值應為等價」（參閱德國 BT-Drucks.7/650s.155 及 BT-Drucks. 7/4361 s.19），因此婦女於婚姻關係存續中因其配偶工作所得而獲取之社會保險，不因其婚姻關係終止而喪失，相反地其擁有與配偶共同獲得之社會保險金總額之半數（所謂的 Versorgungsausgleich）。此外對於婦女因為家庭而喪失或減少所得獲取之可能性，德國亦於民法第一千三百六十三條以下有所謂「淨益補償」制度（Zugewinnausgleich），使婦女對於其配偶於婚姻關係中因其共同努力所獲取之淨益，亦有一半之請求權，確實防止婦女因為家庭之付出，而受到不利之待遇（亦請參閱德國聯邦最高法院民事判決 BGHNJW 1984, S.2358ff.，針對完全放棄工作之全職家庭主婦；BGHNJW 1979, S.1289ff.針對放棄全時工作之家庭主婦）。再者，農地勞動常有一半以上是女性貢獻之勞力，是否僅因為她們所協助的是自己的父兄、丈夫，她們的工作即不算是工作？她們就不應該獲取一份報酬？固然當時之女性或許很少受雇於他人，但並非完全沒有，她們也會有與之交易的對象，如果她們有其名義下的不動產，這時與她們交易的對象反而會很慎重的考慮其是否已婚，因為若是已婚婦女，該項財產不一定為她們真正擁有，那麼將來債務就有難以清償之虞。因此，作為一個交易主體在

選擇交易對象時，他必定會先選擇男性，尤其是已婚男性（債權人可以自夫及妻的財產獲得清償），次好的選擇才是未婚女性，最壞的選擇則是已婚女性，如此惡性循環的結果，已婚女性當然難有交易能力可言。而舊民法這種對男與女，以及對已婚婦女與未婚女子之間所為之差別待遇，對於自政府播遷來台以後的台灣局勢，其差異性更被凸顯出來。是時台灣勞動力需求孔急，許多女性陸續投入勞動市場，有的是實際受雇領有薪資，有的則是與父兄或丈夫共同創業，白手建立台灣的中小企業經營模式。但隨著交易活動日趨活絡，已婚婦女逐漸發現自己竟處在經濟與法律的雙重劣勢中，在未走入婚姻關係前，她努力賺取的財產當然是她所擁有；走進婚姻關係後，她的資產反而不一定是她的，因她不一定保存每一筆資金來往證明；一旦走出婚姻關係，更可確定她將一無所有！從這個層面反省當時民法制定時之立法目的，所謂「社會現狀」及「為保護夫之債權人」，何嘗不是立法者父權心態作祟。因為「社會現狀」是男性所營造，而法律則為其幫兇；至於「為保護夫之債權人」的理由更是荒謬，難道妻的債權人就不值得保護？且夫若真有脫產意圖，這樣的規定就足以保護夫之債權人？或者更深刻的說，立法者是不是在鼓勵「同居」，懲罰「婚姻」呢？雖然其後立法者多少意識到這是有疑義的差別待遇，而作了部分修正，然而這項修正卻不溯及七十四年六月五日以前結婚並置有財產的婦女。如此立法者等於再度進行了另一項可疑之分類（suspected classification），將已婚婦女區分為兩類，難道說七十四年六月五日之前與之後結婚的婦女，在工作、財產的評價上真的存有如此顯著之差異？況且婦女同樣為家庭貢獻勞力，為什麼七十四年六月五日以前所取得的財產不是她的，七十四年六月五日以後所

取得的財產，才真正屬於其所有，難道說七十四年六月五日之前的工作不是工作，之後的工作才是工作？

- ③綜上所述，男與女、已婚婦女與未婚女性之間，在工作及財產權享有的評價層面，並不存在生理或功能上的顯著差異。然而上述舊民法規定卻逕予分類並賦予不同規範，已顯然違背憲法對人民平等保護之要求！

### 3. 關於最高法院五十五年台抗字第一六一號判例

- ①關於不動產取得方式，依民法第七五八、七六〇條規定，應具備三項要件，分別是雙方當事人間讓與之合意、書面契約及登記。又土地法第四十三條規定，依土地法所為之登記有絕對之效力。對於上述規定的適用，最高法院七十二年台上字第七九八號及六十九年台上字第二七三三號判決謂：土地登記有絕對之效力，系爭樓房既經登記為被上訴人所有，而此登記又未經依法塗銷，所謂買賣係出於通謀虛偽云云，殊不足以動搖被上訴人就系爭樓房之所有權之存在。又最高法院七十二年台上字第三六九七號判決亦謂：按依土地法所為之登記有絕對之效力，訟爭房屋既已登記為被上訴人所有，被上訴人自毋庸為舉證以證明其取得所有權之事實，應由上訴人就其主張兩造間所成立之信託關係之事實，先為舉證。由上述規定及判決之說明，可知在一般財產訴訟，尤其是不動產所有權之爭議，應由否定登記名義人為所有權人之人，就其債權關係存在或不存在（如登記名義人所有權取得之原因事實出於通謀虛偽意思表示；雙方間存有信託法律關係等）之事實，負有舉證責任。

- ②其次，舉證責任之分配，依民事訴訟法第二七七條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任。」而訴訟法學者對此條之分析，提出法律要件分類說之最低限度事實說，認為訴訟中之一造主張對造權利有障礙者，應就該權利有障礙之實體法上規

定要件，負舉證責任（註二）。因此，在通常訴訟事件，起訴否定對造具備某項實體法之權利，應由起訴之人就對造不具有該項權利，負舉證責任。

- ③從上述舉證責任學說歸納整理，若有某甲起訴某乙並非某件不動產之所有權人，而請求法院將該項不動產回復為某甲所有。但由於某乙係該項不動產之登記名義人，且訴訟係由於某甲否定某乙之權利而開始，自應由某甲就某乙欠缺取得該項不動產之原因事實，負舉證責任。為什麼這項對一般人均有適用的舉證責任分配之原理原則，在某甲與某乙具有或曾有婚姻關係，就會變得完全不同？為了自圓其說，最高法院於六十三年台上字第五二二號判例又謂：夫妻於婚姻關係存續中取得之不動產，雖登記為妻所有，但依民法第一千零十六條及一千零十七條第二項規定，其所有權歸屬於夫，此與民法第七五八條所定依法律行為而取得不動產物權，非經登記不生效力之情形不同。換句話說，夫妻間財產之移轉排除了民法七五八條及土地法第四十三條規定之適用。既然最高法院也指出了夫妻間的財產移轉與一般人不同，那麼聲請人不禁要問，到底有哪些「不同」？又為什麼「不同」？或有人謂通常妻並無資力，卻擁有不動產產權，實隱現詐害夫之債權人之意圖，且夫妻間由於關係親密，其通謀虛偽意思表示也往往難以證明。因此既然登記在妻名義下的不動產，有極大可能屬於「不明財產」，依舊民法規定應屬夫所有，若有例外情況是屬於妻的特有或原有財產，自應由妻負舉證責任較為妥當。關於此種說法，聲請人已在前段作了部分駁斥，實際上妻的「資力」常常隱藏在夫的資產之下，不過藉由將某項不動產物權登記給妻而顯現出來。何況就不動產物權登記給妻的時間觀察，往往是夫妻感情穩定、財務狀況良好，夫伴有酬謝妻多年辛勞持家之意思，然一

且感情破裂，為夫者自是不惜對簿公堂，向妻證明其優勢立場。其次，細究債務人具備藉脫產以逃避債權人追索之意圖，常是其財務狀況發生危機，並預見自己現有財產有逸失可能時，才欲藉由通謀虛偽意思表示將名下財產移轉給他人，則夫在其財務狀況穩定時，將某項不動產登記在妻名義下，如何稱是具有詐害夫之債權人意圖呢？更何況同樣是贈與不動產，若夫贈與給父母、兄弟、子女乃至同居人或是其他親朋，均可以毋庸證明取得該項不動產之原因事實，為什麼贈與給妻，反而要妻證明當初贈與契約之存在？難道妻能將當時恩愛情景重現，將夫之口頭承諾錄製？誠如法諺所言：「舉證之所在，即敗訴之所在。」今妻擔負比一般財產訴訟當事人更不利的舉證責任，又在婚姻關係瀕臨破裂或已破裂之際，還剝奪其財產權利，令妻情何以堪？如今最高法院只說明妻在財產訴訟之地位與其他人不同，卻找不到可以支持妻與其他人（尤其是與夫同居，卻無婚姻關係之人）有何「不同」之理由，難道說夫若以通謀虛偽意思表示贈與給父母、兄弟、子女、同居人或其他親友之情形，就比較容易證明出來嗎？

- ④因此，已婚婦女在憲法財產權的保護上，並不存在應異於其他人規範之必要。故最高法院五十五年台抗字第一六一號判例將已婚婦女課以較重之舉證責任負擔，顯然違反憲法平等保護之要求！

#### 4. 關於民法親屬編施行法第一條後段規定

- ①民法親屬編施行法第一條規定：「關於親屬之事件，其在修正前發生者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定。」而民法親屬編於民國七十四年六月三日修正，六月五日公布施行，故在民國七十四年六月五日以前結婚並置產之夫妻，原則上仍應繼續適用舊民法關於夫妻財產制之規定。正因為本條

之規定，使得在民國七十一年十二月一日登記為聲請人所有之不動產，由於適用舊民法第一千零十六、一千零十七條第二項並援用最高法院五十五年台抗字第一六一號判例之結果，使聲請人之前夫廖〇田得將上述財產予以更名登記。

②如聲請人前述之說明，民法親屬編施行法第一條後段規定實際上也進行了一項可疑的分類，將已婚婦女區分為民國七十四年六月五日以前及以後結婚者，並予以差別待遇。或許有人謂施行法此項規定乃出於「法安定性」之要求，避免原先已信賴該項財產為夫所有的夫之債權人，因新法之規定而受到法律溯及之不利益，此亦是對舊制度所形成既得利益者之信賴予以保護。誠如吳庚大法官於釋字第二七一號解釋所著之不同意見書中，認為法律不溯及既往的原則乃源自於憲法第八條「法定程序」，與信賴保護有關，而有「信賴保護作為自由保護」之憲法原則之建構，而此項見解即與德國憲法法院及通說趨於一致（註三）。德國憲法法院於一九六一年對「所得稅法及法人稅法補充法」一案所為之判決，即提出信賴保護主要源自「法治國原則」及其下位階的「法安定性」要求的審查概念，並對一個「真正」溯及生效（註四）之法律採取「原則上違憲」的見解。但該項判決也隨即強調：「這並非毫無例外地適用，倘若對某一法律狀態的信賴在客觀上係不正當的（sachlich nicht gerechtfertigt），即不考慮予以信賴保護。」，而它所認為信賴不值得保護之情況有四（註五）：

- (1)倘若人民在法律效果溯及發生的時點上，依照當時的法律情勢，對該項新規定可能預見的話；
- (2)倘若舊法係不明確及混亂不清的，則人民於其計畫之際不得對之加以信賴，在此種情況必須允許立法者將法律狀態溯及既往的加以澄清；

- (3) 人民對於由無效規範所創設的法外觀予以信賴時，該信賴不值得保護。在此種情況必須允許立法者將法律狀態溯及既往地加以澄清；
- (4) 凌駕於法安定性要求之上的公共福祉的重大理由，可以將一個溯及效力規定予以正當化。

若以德國憲法法院此項觀點來看我國民法親屬編施行法第一條後段規定，表面上其所為之不溯及既往確保了舊民法第一千零十六、一千零十七條第二項規定下夫之債權人之信賴利益，但是夫之債權人的信賴是否即是值得保護的信賴呢？如前所述，舊民法的上述規定，一方面對已婚婦女之工作權、財產權構成嚴重之剝削，它不但否定女性在家勞動之價值，同時相較於男性更是對女性地位予以貶抑；他方面該項規定也與交易安全有關之公示與公信原則大相違背，它不但未保護到妻之債權人，甚至也未能確實對夫之債權人給予保護，因此基於這些「公共福祉的重大理由」，本應採取溯及生效之方式，將此一虛存之信賴予以排除。更何況在目前土地訴訟及非訟實務關連到舊民法上述規定及相關判例者，幾乎是夫與離異或欲離異之妻的興訟，因此與其說不溯及生效係為保護夫之債權人之信賴，還不如說它確保了夫得以有效懲戒不聽話配偶的利器。其次，民法親屬編施行法第一條後段規定也不符合法治國之比例原則（註六）的要求，因為民法第一千零十六、一千零十七條於民國七十四年六月五日修正之目的乃為貫徹兩性平等之思想，但在立法手段之選取上卻採用不溯及生效之方式，使得過去之不平等持續為害（手段不足以達成目的，違反適合性原則），而其以民國七十四年六月五日作為界分之時點，大大侵害了民國七十四年六月五日以前結婚並取得財產婦女之工作權與財產權（手段所

造成之侵害並非最小之侵害，違反必要性原則），更有甚者，該手段所為之侵害相較於其所卻保護的夫之債權人的信賴（如果有的話）根本不成比例（手段所侵害之公益與其所欲維護之私益不成比例，違反狹義比例原則）。何況即便真有值得保護的夫之債權人之信賴存在，立法者大可規定在新法施行之後的一段時間內（例如「本法施行後一年內」），允許夫或夫之債權人，為或代為更名登記，而在上述期間過後，便應一律適用新法，如此亦能對其信賴予以充分保護。其次，由於舊法之繼續適用，目前與夫或妻交易之第三人，反而另外要費一番功夫調查他或她是什麼時候結婚？其名下所有之不動產是什麼時候登記的？不能一概以登記名義為標準。如此之規定大大地增加了交易上與法律適用之困擾，更違反法之安定性原則！

總括言之，民法親屬編施行法第一條後段之規定，不論從信賴保護、比例原則，乃至法安定性之角度觀察，均顯見其不足說服之處，惟有將新修正之民法第一千零十六、一千零十七條規定溯及地適用，方能矯正並彌補舊法所造成之損害。

5. 依據上述之說明，舊民法第一千零十六、一千零十七條第二項規定及其相關判例已明顯違反憲法所保障之基本權利，而民法親屬編施行法第一條後段適用的結果，卻使得舊民法之上述規定繼續有適用之餘地，也與憲法所標榜的法治國原則難以契合，故聲請人懇請貴院大法官會議對本案之審查，能逕予違憲之宣告。

但是若以大法官會議釋字第三六五號解釋所為之宣告方式觀之，如果貴院仍認為夫之債權人的信賴尚有某程度保護之必要，逕而認為上述規定或與憲法有「不符合」之處，然尚未到達違憲且立即無效之地步者，聲請人亦懇請貴院能針對本案並不存在夫有脫產意圖及保

護夫之債權人信賴的情況之特殊性給予個案救濟之機會。雖然大法官審理案件法並未就大法官會議宣告之效力，給予明確之規範，但在外國法例的援引上，同為大陸法系並設有憲法法院之奧地利，便在憲法上明定憲法法院解釋憲法之效力。奧國憲法第一四〇條第三項規定，若立法機關無立法權限或其公佈之法律不合乎憲法規定者，原則上憲法法院應將該項法律全部撤銷（註七）。至於撤銷判決之效力，原則上自聯邦或邦最高主管官署公布判決之日生效，亦即撤銷之效力係向將來發生，但是憲法亦授權憲法法院裁量，得向將來指定法令之失效日期，唯此項指定失效之日期至遲不得超過一年（註八）。其次，奧國一九七五年修憲後亦規定憲法法院之撤銷判決使得某項法律失效之前，對於基於該法律作成的執行行為（Vollzugakt），除原因案件（Anlassfall）外，不生影響（註九）。而所謂之「原因案件」，其憲法法院於判決中指出，係指事實上已導致違憲審查程序之法律案件。由於可能有許多案件，不是原因案件，且其事實之發生係在判決生效前，法院或行政官署依據上述原則性之規定，必須仍然適用已諭令將失效之法令，而造成不公平之現象，因此憲法另授權憲法法院得在判決中另諭知這些案件不適用被撤銷之法令，而憲法法院為此項諭知後，法院或行政官署亦應遵守其諭知，不得再適用已撤銷之法令（註十）。

從上述奧國憲法及憲法法院判決之分析，適可供貴院大法官會議作為其解釋憲法效力之參考。因此，不論貴院大法官會議對本案之審查認為已構成違憲而無效，或是僅與憲法規定不相符合而指定將來某一失效期限，均能給予聲請人得向普通法院提起再審之機會！

6. 綜上所述，最高法院八十二年度台上字第一五〇三號、台灣高等法院八十一年度上更（一）字第二三四號及台灣台北地方法院七十九年度訴字第四六五八號民事確定

判決，適用民法親屬編施行法第一條後段規定之結果，而適用舊民法第一千零十六條、一千零十七條第二項規定及援用最高法院五十五年台抗字第一六一號判例，有牴觸憲法第七、十五條及增修條文第十八條第三項規定之疑義，為此聲請

貴院惠予審查，並為違憲之宣告，以維護憲法保障人民權益之精神，實感德誠。

此 致

司法院

所附關文件之名稱及件數

- 一、最高法院八十二年度台上字第一五〇三號判決影本乙份。
- 二、台灣高等法院八十一年度上更（一）字第二三四號判決影本乙份。
- 三、台灣台北地方法院七十九年度訴字第四六五八號判決影本乙份。

中 華 民 國 八 十 四 年 二 月 二 十 四 日

聲請人：廖吳〇梅

代理人：尤美女 律師

註釋：

1. 碩士論文「從平等權拘束立法之原理 - 論合理差別之標準」，李惠宗著，第一三五頁，民國七十七年六月
2. 民事訴訟法新論，楊建華、王甲乙、鄭健才著，第三四八頁，民國八十年十月版。
3. 台大碩士論文「法律之溯及效力 - 從德國判例及學說論法律變更時人民權益之保護」，陳雍之著，第三二二頁，民國八十年六月。
4. 「真正的溯及效力」係相對於「不真正溯及效力」，兩者之共通要素均來自法律變更之結果，而前者係指法律變更時，其構成要件之事實已終結或完成；後者則是法律變更時，構成要件事實尚在進行或尚未終結。同註三，第九三十頁。
5. 同註三，第五十三 五十四頁。
6. 台大碩士論文「比例原則作為規範違憲審查之準則-西德聯邦憲法院判決及學說之研究」，盛子龍著，民國七十八年六月。

- 7.台大碩士論文「論人民聲請解釋憲法之制度」，林錫堯著，第二四三頁，民國七十三年六月。
- 8.同註七，第二四五—二四六頁。
- 9.同註七，第二四八頁，引自奧國憲法法院 Vfslg 三〇八六。
- 10.同註七，第二四八頁，引自 Vfslg 8234,8233. VwslgNF9994A。

附件一：

最高法院民事判決

八十二年度台上字第一五〇三號

上訴人 廖吳〇梅即吳〇梅

(住略)

訴訟代理人 尤美女 律師

被上訴人 廖〇田 (住略)

上當事人間請求所有權更名登記事件，上訴人對於中華民國八十二年三月一日台灣高等法院第二審更審判決（八十一年度上更（一）字第二三四號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件被上訴人主張：兩造於民國六十一年十一月廿五日結婚，七十八年十一月間經法院判決離婚。伊於七十一年十二月一日購買系爭坐落台北市松山區〇〇段一小段六四〇號土地應有部分四分之一及地上建物門牌台北市南京東路四段五七巷〇〇弄〇號（嗣改編為台北市敦化北路一五五巷〇〇〇號）地面層面積九二．九五平方公尺暨廊台面積十七．一五平方公尺房屋，雖以上訴人名義辦妥所有權移轉登記，惟系爭房屋並非上訴人之特有財產或原有財產，伊亦無贈與上訴人之意思，依修正前民法第一千零十六條、第一千零十七條第二項規定，其所有權應屬於伊等情，求為命上訴人將系爭房地更名登記為伊所有之判決。上訴人則以：系爭房地為兩造合夥經營大小罐油車，以所得之款即伊勞力所得報酬所購買，依修正前民法第一千零十三條第四款規

定，為伊特有財產。如非伊特有財產，亦屬被上訴人為酬伊多年之辛勞，將之贈送與伊，經伊允受而辦妥所有權登記，依修正前民法第一千零十七條規定，亦為伊原有財產。何況被上訴人曾立切結書，同意如再動手打伊，願將該房地產權歸伊。嗣被上訴人動手打伊，該房地即歸伊所有。被上訴人請求更名登記，為無理由等語，資為抗辯。

原審以：系爭房地係於兩造婚姻關係存續中之七十一年十二月一日，由被上訴人出名與出賣人潘〇豪訂立不動產買賣契約所買受，登記為上訴人所有，有結婚證書、不動產買賣契約書、土地及建物登記簿謄本可稽。如妻即上訴人不能證明其為特有財產或原有財產，依修正前民法第一千零十六條及第一千零十七條第二項之規定，應屬於夫即被上訴人所有。被上訴人於六十年至六十八年間與訴外人白〇貞、魏〇涼、李〇潮合夥開設油罐行，由白〇貞開車，魏〇涼收款記帳，上訴人並未參與其事，被上訴人又於六十八年至七十年間與訴外人沈〇鳳及其夫在台中合夥開設油漆行，僱請會計小姐記帳，並由被上訴人負責外務工作；被上訴人另於六十八年間經營油罐行生意，六十九年間聘請伊弟廖〇德為司機兼外務及收帳，將所得款存入伊設在農會之帳戶，會計帳由伊製作，另僱請專人製作油量進出帳等情，業據證人白〇貞、沈〇鳳、廖〇德分別結證屬實。即上訴人之兄陳〇南亦結證稱：油罐車生意係伊妹夫廖〇田（被上訴人）與他人合夥經營，廖〇田曾支付伊薪水，伊妹廖吳〇梅（上訴人）記帳並聯絡，無薪水，合夥分紅由廖〇田取去等語，顯見被上訴人係與他人合夥經營油漆行及油罐行，上訴人並未參與。上訴人於六十八年以後雖曾為被上訴人所經營之油罐行記帳並聯絡，但僅屬輔助其夫經營而已，尚難謂其有與被上訴人合夥營商。是上訴人主張系爭房地係以伊勞力所得報酬所購買，為伊之特有財產云云，即屬無據。修正前民法第一千零十七條第一項有關妻之原有財產內，妻因其他無償取得之財產之規定，雖不排除夫之無償贈與情形，但以雙方有無償贈與契約之存在為前提，並非一經登記為妻之名義，即可當然視為夫所贈與。又妻所受之贈與物為其特有財產者，依民法第一千零十三條第三款規定，須經贈與人聲明而後可。被上訴人迭否認兩造間就系爭房地有無償贈與契約存在及被上訴人曾向上訴人為贈與之聲明。而系爭房地果由被上訴人贈與上訴

人，則兩造間應有贈與契約之存在，且對該贈與關係之存在，上訴人應知之甚稔。但上訴人竟辯稱：系爭房地係伊以勞力所得購買，為伊特有財產，或謂：被上訴人曾立切結書，同意如再動手打伊時，願無條件與伊離婚，房地產權歸伊所有云云，何致如此歧異矛盾？證人即出賣人潘○豪僅供證被上訴人為子女之教育，看中系爭房地，並由上訴人點頭同意，始決定買受等語，尚不足以證明被上訴人有將該房地贈與上訴人之事實。台北市松山地政事務所八十一年八月廿一日北市松地三字第一四〇七六號函附系爭房地所有權移轉登記申請書，其上記載登記原因為買賣，亦無從據以認定兩造間有贈與契約之存在及被上訴人曾為贈與之聲明。此外，上訴人復未能舉證以實其說，是其主張被上訴人將系爭房地登記為上訴人之名義，即係為贈與之聲明，雙方並有無償贈與契約存在，系爭房地為上訴人之原有財產云云，亦無可採。被上訴人出具之保證書、合約書及切結書，分別記載「如：再賭博 孩子、動產、不動產全由你接管」「（財產）全權由太太處理」「今後如有無故打傷太太者，願無條件任由吳○梅處理」等語，別無關於如毆打上訴人，願將系爭房地所有權移轉與上訴人之記載。至另紙載有「如你在（再）動手打我，願無條件離婚，孩子歸我，房子的產權歸我，附帶孩子的生活費二百萬元」之切結書，乃上訴人自己片面所書，尚不足以拘束被上訴人。系爭房地既為被上訴人所有，則其請求上訴人為更名登記，自無不合。至上訴人於離婚後，能否依民法第一千零三十條之一規定，請求被上訴人將該房地所有權之一半即應有部分二分之一移轉登記與上訴人，乃別一問題，無礙於被上訴人為本件之請求。爰維持第一審命上訴人將系爭房地更名登記為被上訴人所有之判決，於法核無違誤。查婚姻關係存續中始行取得之財產，如妻不能證明為其特有或原有財產，依修正前民法第一千零十六條及第一千零十七條第二項之規定，即屬聯合財產，其所有權應屬於夫（本院五十五年台抗字第一六一號判例參照）。上訴論旨，引據部分學者之意見，謂依登記公示之原則，系爭房地登記既為上訴人之名義，即為上訴人所有，被上訴人主張為其所有，應由被上訴人負舉證之責云云，指摘原判決違背舉證責任分配之原則，復對原審取捨證據、認定事實之職權行使予以指摘，及就原審已論斷者，謂為判決不

備理由，聲明廢棄原判決不利上訴人部分，不能認為有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中華民國八十二年六月三十日  
(本聲請書其餘附件略)

### 抄何張〇雲聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第一項之規定聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如后。

#### 一、聲請解釋憲法之目的

行政院八十四年度判字第二一五〇號及同年度判字第三二二三號所為確定終局判決，其所適用之民國七十四年六月五日修正生效前（以下簡稱「修正前」）民法第一千零十七條第二項及行為時遺產及贈與稅法第十六條第十一款規定，因牴觸憲法第七條及第十五條意旨，請求解釋其應為無效。

#### 二、疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文

(一)憲法上所保障之權利遭受不法侵害之事實，及涉及之憲法條文。

緣聲請人之夫即被繼承人何〇毅君之遺產稅，經財政部台北市國稅局核定時，將聲請人名下之財產，除原有財產及特有財產外，其餘財產適用修正前民法第一千零十七條第二項及遺產及贈與稅法第十六條第十一款之規定，認係聲請人之夫即被繼承人所有，並計入其遺產總額，據以課徵遺產稅。復查決定、一再訴願決定及行政院之判決均適用上述法條分別為駁回之決定及判決。按夫或妻於婚姻關係中取得之財產，仍應分屬夫或妻之財產，各保有其所有權。前揭法律卻規定妻於婚姻關係存續中取得之非原有財產及非特有財產部分，為夫之所有。原處分且進一步據以課徵遺產稅，顯已不法侵害聲請人憲法第七條及第十五條所保障「中華民國人民無分男女在法律上一律平等」及「人民之財產權應予保障」之權利。

## (二)所經過之訴訟程序

查聲請人接奉原處分機關核定通知書後，乃循序向原處分機關申請復查，向財政部提起訴願，向行政院提起再訴願，均遭駁回，遂向行政法院提起行政訴訟及再審之訴，該院分別以八十四年度判字第二一五〇號判決及八十四年度判字三二二三號判決各為原告之訴駁回及（此部分）再審之訴駁回之判決。

## (三)確定終局裁判所適用之法律之名稱及其內容。

### 1. 名稱：修正前民法第一千零十七條第二項。

內容：聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有。

### 2. 名稱：遺產及贈與稅法第十六條第十一款。

內容：下列各款不計入遺產總額：

十一、被繼承人配偶之原有財產或特有財產，經辦理登記或確有證明者。

## (四)有關機關處理本案之主要文件及其內容：

1. 財政部台北市國稅局八十二年七月五日（八二）財北國稅法第二〇〇七六號復查決定書，其內容以：「其餘（按係指系爭南〇公司股票二、四八一、一二〇股）六十三年至七十四年取得部分認定為聯合財產，依民法修正前之規定，該股票應屬夫（被繼承人）所有」，而為維持原核定之決定。
2. 財政部八十三年四月十九日台財訴第八三一七八七二三六號訴願決定書，其內容：適用修正前民法第一千零十六條及第一千零十七條第二項之規定為訴願駁回之決定。
3. 行政院八十三年十一月四日台八十三訴字第四一一四〇號決定書，其內容：適用與訴願決定相同之修正前民法規定為再訴願駁回之決定。
4. 行政法院八十四年度判字第二一五〇號判決（附件一）及八十四年度判字第三二二三號判決（附件二），其內容：均適用修正前民法第一千零十六條前段、第一千零十七條第二項及遺產及贈與稅法第十六條第十一款之規定，而為駁回之判決。

### 三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

(一)對於確定終局裁判所適用之法律，發生有牴觸憲法之疑義之內容。

查修正前民法第一千零十七條第二項規定：聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有。及行為時遺產及贈與稅法第十六條第十一款規定：被繼承人配偶（此之配偶實際上專指「妻」而言，詳後述）之原有財產或特有財產，經辦理登記或確有證明者，不計入遺產總額。據上規定，妻於婚姻關係存續中取得之財產，除原有財產及法定特有財產外，為夫所有，因此發生有首揭法律條文牴觸憲法第七條中華民國人民無分男女在法律上一律平等及第十五條人民之財產權應予保障原則之疑義。

(二)聲請人對於前項疑義所持之見解

1. 查「中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等」、「人民之財產權，應予保障」分別為憲法第七條及第十五條所明文規定。按所謂在法律上一律平等，係指不僅禁止法律之不平等適用，更為禁止制定以不平等為內容之法律。而所謂財產權應予保障，旨在確保個人依財產存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害而言。因此，若所制定之法律，其內容違反男女平等原則，且侵害人民受保障之財產權時，自與首揭憲法規定牴觸，應為無效。
2. 次查修正前民法第一千零十七條第二項規定：聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有。按依修正前民法第一千零十六條及第一千零十七條第一項規定，妻之財產分為法定特有財產及原有財產。所謂妻之法定特有財產者，係指修正前民法第一千零十三條規定之四種財產。所謂妻之原有財產者，乃妻於結婚時所有之財產，及婚姻存續中因繼承或其他無償取得之財產。因此，據上規定，妻於婚姻關係中取得之財產，除法定特有財產及原有財產外，依修正前民法第一千零十七條第二項規定，均屬夫所

有，不法剝奪妻之財產權，嚴重違反男女平等原則，其有牴觸憲法第七條男女平等及第十五條保障人民財產權之規定，無待贅論。

- 3.再查，遺產及贈與稅法第十六條第十一款規定：左列各款不計入遺產總額 十一、被繼承人配偶之原有財產或特有財產，經辦理登記或確有證明者。據此規定，所謂被繼承人配偶，所指似不分夫或妻，均有其適用。惟依財政部62.12.21台財稅第三九三八六號函（詳見財政部編印遺產及贈與稅法令彙編八十二年版第十二頁，附件三）解釋：「採夫妻聯合財產制者，以被繼承人配偶名義登記之財產，應否列入遺產課稅，應按下列原則核實認定：(1)以妻名義登記之財產（編者註：現行法為妻之原有財產），如能提出確實證明，認定為妻之原有財產或特有財產者，不應列入夫之遺產課稅。(3)以妻名義登記（編者註：現行法為妻之原有財產）而非其特有財產或原有財產，應列入夫之遺產課稅。」足見遺產及贈與稅法本條款之規定，係由前述修正前民法規定而來，所謂原有財產或特有財產，專指妻之部分而言，其與前述修正前民法規定相同，不法剝奪妻之財產權，嚴重違反男女平等原則，而牴觸憲法第七條男女平等及第十五條保障人民財產權之規定，不言自明。
- 4.未查，憲法第一百七十一條第一項規定：法律與憲法牴觸者無效。又：中華民國人民無分男女，在法律上一律平等，人民之財產權應予保障，憲法第七條及第十五條亦分別定有明文。惟查修正前民法第一千零十七條第二項及行為時遺產及贈與稅法第十六條第十一款卻同為規定：聯合財產中除妻之原有財產及法定特有財產外，均屬夫之所有，嚴重違反男女平等原則，並侵害妻之財產權，其有牴觸憲法第七條及第十五條規定，至為明灼，依憲法第一百七十條第一項規定，應為無效，不容置疑。

(三)解決疑義必須解釋憲法之理由

查法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之，憲

法第一百七十一條第二項定有明文；人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者得聲請解釋憲法，亦為司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所明定；鈞院依人民聲請所為之解釋，對於人民據以聲請之案件，亦有效力，確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令之見解，經鈞院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，前經鈞院大法官會議釋字第一七七號及第一八五號解釋在案。聲請人之夫即被繼承人何士毅君之遺產稅事件，原處分、一再訴願決定及行政法院確定終局判決均適用修正前民法第一千零十七條第二項及行為時遺產及贈與稅第十六條第十一款之規定，而為不利聲請人之處分、決定或判決，不法侵害聲請人憲法上所保障之權利。而聲請人憲法上所保障之權利遭受不法之侵害，唯有鈞院大法官會議解釋其所適用之法律違反憲法，始得據以救濟，爰此聲請解釋憲法。又由於修正後民法親屬編施行法第一條後段規定，其在修正前發生者，除本施行法有特別規定外，亦不適用修正後之規定。因此，民法第一千零十七條雖已修正，該施行法並無特別規定，則尚在施行中，聲請人並因其適用而遭受不法之侵害，仍有解釋之必要，併此陳明。此致

司法院

所附關係文件之名稱及件數

- 一、行政法院八十四年度判字第二一五〇號判決書影本一份。
- 二、行政法院八十四年度判字第三二二三號判決書影本一份。
- 三、財政部 62.12.21 台財稅第三九三八六號函影本一份。

聲請人：何張〇雲

中 華 民 國 八 十 五 年 四 月 日

附件一：

原告 何張〇雲 (住略)

何 〇 住同上

何 〇 住同上

何 〇 住同上

共同訴訟代理人 陳伯英律師

被告 財政部臺北市國稅局

上當事人間因遺產稅事件，原告不服行政院中華民國八十三年十一月四日台八十三訴字第四一一四〇號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告等之被繼承人何〇毅於民國七十九年九月十九日死亡，原告等於八十年三月十八日向被告機關申報遺產稅。該局原核定遺產總額為新台幣(下同)三一二、三〇三、二四二元，遺產淨額三〇六、一八五、五六九元，應納遺產稅一五九、四九八、七四一元，嗣更正遺產總額為二九八、六五七、〇八二元，遺產淨額為二九二、五三九、四〇九元，應納遺產稅一五一、三一、〇四五元。原告等不服，就被繼承人之配偶即原告何張〇雲名下屬聯合財產之南〇染整股份有限公司(以下簡稱南〇公司)股票二、四八一、一二〇股，及死亡前應納稅捐等部分，申經復查結果，除准予追認死亡前應納稅捐一〇、四三三、二五八元外，其餘未准變更。原告等就未准變更部分，提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨略謂：一、查被繼承人配偶之原有財產或特有財產不計入遺產總額 - 以妻之名義登記之財產，如能提出確實證明，認定為妻之原有財產或特有財產者，不應列入夫之遺產課稅；又妻特有財產之孳息無需併入夫遺產課徵遺產稅，分別為遺產及贈與稅法第十六條第一款所明訂，亦為財政部 62.台財稅第三九三八六號及 66.台財稅第三

八〇〇七號函所明釋。按被告機關所核定被繼承人之配偶即原告何張〇雲特有南〇公司股票二、四八一、一二〇股，其中九七六、三九八股係原告何張〇雲利用其特有財產收入（薪資、特有財產股票之股利及出售特有財產股票所得之價款），於六十三年至六十九年間以現金增資或在市場承購而取得者，另外一、五〇四、七二二股係上開股票之孳息 - 資本公積及盈餘轉增資之配股，均屬原告何張〇雲之特有財產。被告機關未詳究即遽予併入被繼承人遺產課稅，顯已違上開各規定，再訴願及訴願決定予以維持，洵有未合。二、本案系爭股票係原告何張〇雲以其特有財產之收入購得，價款係開立彰化銀行大同分行甲種存款八八七號帳戶之支票及合作金庫大同支庫之支票支付，因此資金流程及支付價款之證據，依現行法令規定皆存於行庫，除由彰化銀行大同分行及合作金庫大同支庫出具證明，始符積極而恰當，且對於待證之事實確能證明外，別無他途。然而事隔二十年之久，彰化銀行大同分行及合作金庫大同支庫已將逾保存期限之傳票、帳證及報表予銷燬，致未能出具資金流程及支付價款之證明。因此原告等無法提出資金流程及支付價款之證明，乃不可歸責於原告等之事由。按「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任。」「法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。」「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽。」分別為民事訴訟法第二百七十七條、第二百八十一條及第二百八十二條所明定。又認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定，即應有利於被告之認定，經最高法院著有三十年上字第八一六號判例可資參照。本案系爭股票，原告何張〇雲既舉證用其特有財產收入所購，以彰化銀行大同分行及合作金庫大同支庫之支票支付，已善盡舉證之責任。按原告何張〇雲有所得，為各階段行政救濟機關所不否認，既有所得即有認購系爭股票之能力，而該期間原告何張〇雲無需負擔家用，且未購置其他財產之記錄而論，足證系爭股票係用其所得認購者。而被告機關主張系爭股票非屬原告何張〇雲之特有財產應併入被繼承人遺產總額課稅，自亦應就其主張之事實負舉證之責，乃僅一味指責原告等無法提出資金流程及付款證明，遽予臆測推斷，顯未盡調查之義務，亦違前揭舉證責任分配原則之規定。其次原告何張〇雲名下之南〇公司股

票，經原告何張0雲聲明為其特有財產，經被告機關認定六十二年以前部分為原告何張0雲之特有財產而六十三年以後部分被告機關卻認定為聯合財產，兩者認定前後不一致，顯有未合。三、按人民因違反法律上義務而應受之行政罰，係屬對人民之制裁，原則上行為人應有可歸責之原因，故於法律無特別規定時，雖不以出於故意為必要，乃須以過失為責任要件，為司法院釋字第二七五號所解釋。即如行為人能舉證證明自己無過失時，不應受處罰。原告等已提示認股或購置系爭股票之證明文件，但不為被告機關採信，而彰化銀行大同分行及合作金庫大同支庫又無法出具證明，因此原告並無不為舉證過失責任，被告機關卻一味苛責原告等未能提示資金流程證明及付款證據，而併課遺產稅，並加處罰鍰，顯違上揭司法院解釋，一再訴願決定予以維持，實欠允當。四、依稅捐稽徵法第十一條之規定，憑證之保管期限為五年，如依同法第二十一條第一項第三款規定核課期限七年而言，憑證之保存期間為七年。而本案系爭股票之取得時間距今最短者有十四年，長者達二十年之久，早已逾憑證保存期限，連公營之行庫都已將逾保存期限之有關資料予銷燬，何況一般老百姓乎。原告等雖然未能保存當時支付股款之票據資料，但能提示當時其特有財產收支證據，已是難能可貴。何況原告等未能提示購買股票資金之流程證明，係因各行庫已將逾保存期限之有關票據資料予銷燬所致，實無歸咎原告等之理。認定事實須憑證據，如未能發現相當證據，自不能以推測擬議為論斷，鈞院著有六十一年度判字第七十號、六十二年度判字第四0二號判例可資遵循，亦有七十一年度判字第一九四號判決可資參照。本案系爭股票係原告何張0雲利用其薪資收入及特有財產之孳息或處分特有財產之價款所取得者，原告等舉證歷歷，事證明確，而被告機關卻認非積極證據，然被告機關何嘗不是無積極證據證明系爭股票，非利用原告何張0雲之薪資等之收入所取得者，故被告機關認為系爭股票係被繼承人何0毅與其配偶（即原告）何張0雲之聯合財產，顯然是以推斷擬議為論斷，有違上揭判例。五、系爭股票雖經被告機關認定為聯合財產，但究為原告之一何張0雲之特有財產或聯合財產，乃為本案訴訟所應實體審究之對象，自應以本案訴訟確定實體認定之結果，始能認定原告等應否將其列入申報遺產稅之範圍，應非

以被告機關之認定為準，自不發生逾期申報問題，應無遺產及贈與稅法第十條第一項但書之適用。然被告機關倒因為果，在本案訴訟未實體審認確定前，遽予核定為聯合財產，並認有逾期申報被查獲，按當時較高時價每股八十五元估價併入被繼承人何〇毅遺產課稅，致陷入循環論證之中，實不無侵犯司法審判權及剝奪原告憲法所賦予之訴訟權利。再者，「遺產稅之徵收，其遺產價值之計算，以被繼承人死亡時之時價為準，遺產及贈與稅法第十條第一項前段定有明文。對逾期申報遺產稅者，同項但書所為：如逾期申報日之時價，較死亡日之時價為高者，以較高者為準之規定，固以杜絕納稅義務人取巧觀望為立法理由，惟其以遺產漲價後之時價為遺產估價之標準，與同法第四十四條之處罰規定並列，易滋重複之疑慮，應從速檢討修正」，為司法院釋字第三一一號所明釋。本案系爭股票屬聯合財產為被告機關片面之詞，縱使要併入被繼承人何〇毅遺產課稅，其價值之計算，應以被繼承人何〇毅死亡之收盤價每股四六．九〇元為準，然而被告機關竟以較高之每股八十五元計算，實有違上開司法院之解釋。六、次查原告何張〇雲自六十三年至七十六年三月二十三日陸續賣出其名下南〇公司股票一、三二六、〇〇〇股，已超出現金增資市場承購股（九七六、三九八股）數，因此賣出股票中顯然包括六十二年以前取得者，及六十三年以後用其所得所認購者。所賣出之股票可從股票號碼查明取得時間，進而辨明是屬於特有財產或聯合財產，惟被告機關未予詳查，即逕予認定賣出股票係特有財產，致留存者均屬聯合財產予併課遺產稅，實有欠公平。按南〇公司曾於七十年八月二十日奉證券管理委員會台證(70)上字第一五四七號函換發股票，若由於南〇公司換股票致無法辨明六十三年至七十六年三月二十三日賣出股票究竟屬於特有或聯合財產者，理應按特有財產及聯合財產總額之比例計算，始為合情合理，並符課稅公平之原則。七、被繼承人死亡前，依法令應納各項稅捐、罰鍰及罰金，應自遺產中扣除，為遺產及贈與稅法第十七條第七款所規定。按被繼承人何〇毅應納七十九年度綜合所得稅一〇、八八〇、七八三元，及其因逾期繳納而加計之利息（等於逾期繳納之罰金）一、一四二、〇六八元，共為一二、〇二二、八五一元應自遺產總額中扣除，惟被告機關僅准扣除本稅一一、四〇〇、九三一

元，顯然有誤。又其補充理由略謂：一、關於系爭南0公司股票係原告何張0雲之特有財產，不應併入本件遺產總額課徵遺產稅部分：

（一）查原告何張0雲特有之系爭南洋公司股票，係其特有之財產，並已登記有案。是原告等本以系爭股票係其登記之特有財產，而非被繼承人之遺產，乃未申報將之列入何0毅遺產總額內，揆之遺產及贈與稅法第十四條但書及同法第十六條第十一款規定，自無不合。

（二）同法第十六條第十一款所定被繼承人配偶經辦理登記之特有財產，依修正前民法第一千零十六條規定，本為妻所有，不屬聯合財產，自無將之申報遺產之必要。此與同條一至十款所定原屬被繼承人財產，惟因損贈、紀念等原因不計入遺產總額之內者，性質顯有不同。因之原告何張0雲以各該股票係自己特有之財產，乃未申報為被繼承人之遺產，自無違反遺贈稅申報之義務可言。此參之遺產及贈與稅法施行細則第七條僅就遺產及贈與稅法第十六條第一、二、三款不計入遺產總額之財產，須檢附主管機關核發之證明書申報而為規定，並未涉及第十一款之財產亦須申報；同施行細則第二十條所定申報遺產義務，所指不計入遺產總額之財產，亦係指有證明文件可資檢附者而言，然第十一款之原有或特有財產，則無主管機關核發證明書之制度可循，益足明瞭對於遺產及贈與稅法第十六條第十一款被繼承配偶之特有財產，應不在應為申報之範圍。（三）又財政部62.12.21台財稅第三九三八號函示「採夫妻聯合財產制者，以被繼承人配偶名義登記之財產，應否列入遺產課稅，應按下列原則核實認定(1) 者，乃係指被告機關應如何核實認定是否為聯合財產而言，並無涉及應先申報遺產課稅之問題。換言之，原告等以系爭股票為原告何張0雲之特有財產，因未將之申報為被繼承人何0毅之遺產之一事，被告機關如認系爭股票為聯合財產，其應予核實認定又為一事，兩者不容牽混或擴大上開財產部函釋。準此，被告機關縱然可對本件股票認定為聯合財產屬於應繼承遺產，然原告等不服，既已提起行政爭訟，自應以本件確定判決之意旨為準。如判決確認系爭股票並非應繼承遺產，原處分應予撤銷，即無所謂逾期申報核課遺產稅問題存在；倘判決確認系爭股票係屬聯合財產，乃屬遺產稅之納稅義務人應自判決確定日起六個月內補報遺產稅問題，亦無所謂逾期申報適用遺產及贈與稅法第

十條但書及第四十四條規定處罰等問題。此參之財政部 79.2.1 台財稅第七八〇三四七六〇〇號函示「死亡後始判決為被繼承人所有土地應自判決確定日起六個月補報遺產稅」，以及財政部 73.10.22 台財稅第六一七三五號函示「夫妻財產制適法更正准以申請更正日為補報日期」之同一旨趣，應極明灼。是原處分之不當，亦至顯然。（四）又被告機關所認系爭南〇公司股票為聯合財產應併入遺產課稅，其如何認定，並未經實際查證，徒係以「將各自所分配盈餘之資本公債，及讓出股數依配股或讓出前特有財產與聯合財產股數佔總股數比例計算」而得者（請見再訴願決定書理由）。是其既屬推算而非實際查得，即無「查獲日」可言，自與財政部 67.7.27 台財稅字第三四九八一號函所指「查獲資料足以認定納稅義務人有漏報、短報遺產之日」之情形不符，應無該函所示「查獲日」之適用。從而被告機關將其「推算日」解為「查獲日」，並依其推測之遺產金額按遺產及贈與稅法第十條但書以較死亡日為高之股票價值課徵遺產稅，其屬違法侵害原告之權益，亦至明顯，自應請予據實重行核定。（五）又查原告何張〇雲以特有之南〇公司股票四、二九一、九〇七股係自己之特有財產，乃未列入遺產申報。被告機關雖未全部認定，但亦已認其中之一、八一〇、六八七股確為原告何張〇雲之特有財產，堪認原告何張〇雲未予申報，確有所本，顯無所謂取巧觀望延不將之申報遺產課稅之情形。（六）新修正之遺產及贈與稅法第十三條已將原條文中之「第十六條」四字刪除，修正後之全文為「遺產稅按被繼承人死亡時，依本法規定計算之遺產總額，減除第十七條規定之各項扣除額及第十八條規定之免稅額後之課稅遺產淨額，依左列規定稅率課徵之」。是第十六條各款包括本件何張〇雲特有系爭特有財產股票，既非屬遺產總額，該第十三條新法且明定十六條各款財產與遺產稅計算無關。足見被告機關將上開何張〇雲特有財產之股票列入何〇毅遺產總額而併為計徵遺產稅，顯屬於法有違。而原告之主張亦與新修正之上開法條精神正相吻合，請賜酌審。二、關於被繼承人何〇毅死亡前應納未納綜所稅之逾期加計利息，亦屬稅捐範圍，應一併自遺產總額中扣除部分：查被繼承人何〇毅應納七十九年綜合所得稅及其因逾期繳納而加計利息共為一二、〇二二、八五一元，依遺產及贈與稅法

第十七條第七款規定，應自遺產總額中扣除。惟被告機關僅准扣除一一、四〇〇、九三一元，餘皆不准。第按上述加計之利息，係按稅捐稽徵法第四十八條之一第二項自動補報補繳應納稅捐之規定辦理者，依同法第四十九條規定，此一加計之利息，可準用本法有關稅捐之規定，自難謂非遺產及贈與稅法第十七條第七款所定「被繼承人死亡前，依法應納之各項稅捐」。何況該項利息，至少亦屬同法第十七條第八款所定被繼承人死亡前未償之債務，應自遺產總額中扣除。被告機關未予准許，亦顯然違法。訴願及再訴願決定，認原告之主張於法無據，予以駁回，均屬可議。綜上，原告等係以系爭南〇染整公司二、四八一、一二〇股股票，為何張〇雲之特有財產，乃未申報為被繼承人何〇毅之遺產，遺產及贈與稅法第十六條第十一款亦規定此一特有財產不包括遺產總額內，現行法又無申報非遺產之規定，依據憲法，人民之財產權應受保障，人民依法始有納稅之義務（請見憲法第八條、第十九條）。因之原告未將上開股票併同申報遺產稅，自不構成逾期申報、短報、漏報等問題，尤無任何故意或過失責任而應受行政罰之可言。雖然被告機關就上開股票究為特有財產或聯合財產可以認定，然依法仍須詳加調查確據，並以實際查得者之數額為準，非可任意臆測推定。如屬臆測推算，而非實際查獲之數額，即無所謂「查獲」或「查獲日」可言，自不能以所謂「查獲日」較高之價格核算遺產稅。更難以其推測之數額送罰。究其實，本件被告機關推算之聯合財產股數及價額，原告等不服既循訴願、再訴願及提起行政訴訟爭訟中，基於憲法第十六條所定人民有訴願及訴訟之權，尤應俟判決確定系爭股票究為特有財產股或聯合財產股，以及如為聯合財產股其確實之股數若干，然後再憑判決結果，撤銷原處分或依實際查證之確實股數，按自動補報案件處理繳納遺產稅，方屬正辦。否則如照被告機關之處理方式，未經判決確定，即先行認定系爭股數為聯合財產股，並先行認定原告有逾期申報或短報、漏報情事，按其查獲時較高八十五元一股之價格計算（將來亦勢必按遺贈稅法第四十四條規定依此數額處罰）；豈非先入為主，身兼司法審判權，可以予取予求？且如照被告機關之見解，特有財產在未經確認前，人民仍須先行申報非遺產，否則即屬逾期，不特於法無據，其結果亦必致人民無從訴願及行

政訴訟，又豈非侵害人民憲法所保障之訴願及訴訟權？當知定無是理。被告機關依法行政，亦應無違法侵害人民權益之職權。尤有言者，假定如照被告機關認定之二、四八一、一二〇股為聯合財產股，每股以死亡時之四十六．九元計算，遺產金額亦高達一一六、三六四、五二〇元，以現行百分之六十稅率計算，亦可課徵到遺產稅六九、八一八、七一二元，為數仍屬甚鉅。無如被告機關仍意猶未足，不惜先入為主，並擴大曲解法意，竟以其推算不確實之股數及以推算日（並非查獲日）較死亡日為高之價格每股八十五元計算遺產金額課徵遺產稅，且圖以此數額適用遺贈稅法第四十四條之規定處罰，造成該項二、四八一、一二〇股股票全部充公之後尚有不足之窘境，實未免矯枉過正，違法違情，置人民法益於不顧，實難令人心服。鈞院鑒核，准依行政訴訟法第十九條之規定予言詞辯論，並依法判決將原處分撤銷或另為適當之判決等語。

被告答辯意旨略謂：一、南〇公司股票二、四八一、一二〇股部分：（一）按遺產及贈與財產價值之計算，以被繼承人死亡時或贈與人贈與時之時價為準；但逾期申報、漏報、短報、或隱匿不報者，如逾期申報日或查獲日之時價較死亡日或贈與日之時價為高者，以較高者為準，為行為時遺產及贈與稅法第十條第一項所規定。又結婚時屬於夫妻之財產，及婚姻關係存續中夫妻所取得之財產，為其聯合財產。聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有，為七十四年六月三日修正前民法第一千零十六條前段及第一千零十七條第二項所明定。是於七十四年六月五日民法親屬編修正生效前，夫妻採聯合財產制者，以妻名義登記之股票，如非屬妻之特有財產或原有財產，仍為夫所有，並經財政部七十六年十月六日台財稅字第七六〇〇五八四三二號函釋有案。（二）初查以被繼承人之配偶何張〇雲至被繼承人死亡日止，持有南〇公司股票四、二九一、八〇七股，其中六十二年至七十四年間取得部分，依修正前之民法規定認定為聯合財產，應屬夫（即被繼承人）所有，經將各次所分配盈餘、資本公積及讓出股數依配股或讓出前特有財產與聯合財產股數佔總股數比例計算，原告何張〇雲特有財產部分為一、八一〇．六八七股，聯合財產部分二、四八一、一二〇股，乃按查獲日較高之每股收盤價八

五元（死亡日收盤價四六．九元）就聯合財產屬被繼承人所有之二、四八一、一二〇股核算遺產金額為二一〇、八九五、二〇〇元。

（三）本件原告等以原告何張〇雲持有之南〇公司股票中九七六、三九八股係利用特有財產之收入（薪資、股利及出售股票所得）於六十三年至六十九年間以現金增資或在市場上承購而取得，一、五〇四、七二二股係資本公積及盈餘轉增資配股，均屬何張〇雲特有財產，應免計入被繼承人之遺產課稅。惟認定事實，應憑證據，所謂證據自以積極而恰當且對待證事實確能證明者，始足當之，自非僅憑消極之迂迴證明可以推定待證事實之真偽。本件原告等雖提示被繼承人六十年、六十一年及六十二年度綜合所得稅核定通知書、結算申報書、扣繳憑單及彰化商業銀行大同分行、臺灣省合作金庫大同支庫、交通銀行等復函影本供核，惟該等資料僅能證明原告何張〇雲有所得，尚無法以之證明系爭股票係由該所得所購置，原告等無法提示購置系爭股票資金流程及支付價款之確切證明文件，自無從認定系爭股票為何張〇雲之特有財產。原告等並以系爭股票價款係原告何張〇雲開立銀行支票支付，距今已有十三年以上，銀行已將傳票銷燬，非原告等無法提示認股或購置系爭股票之資金流程及支付價款之證據，惟銀行傳票憑證不存在，尚非可證明所稱原告何張〇雲以自有資金購買系爭股票之說詞為真。原告等對於繼承事實發生時，原告何張〇雲持有南染公司股票之特有財產股數暨聯合財產股數各為若干，及歷年出讓股票中屬特有財產暨聯合財產股數為何，均未提示具體積極之事證，則本局以原告等無法提示購置系爭股票資金流程及支付價款之確切證明文件，無從證明系爭股票確為被繼承人配偶之特有財產，乃認定為聯合財產（即屬被繼承人何士毅之遺產），復因原告未將系爭股票併入被繼承人遺產申報，乃按查獲日每股收盤價八十五元核定，尚無不合。

二、死亡前應納稅捐部分：（一）按被繼承人死亡前，依法應納之各項稅捐、罰鍰及罰金，應自遺產總額中扣除，免徵遺產稅，為行為時遺產及贈與稅法第十七條第一項第七款所明定。被繼承人於年度中死亡，其配偶依所得稅法第七十一條之一規定，就其本身所得（特有財產）與被繼承人之所得合併報繳綜合所得稅後，於依遺產及贈與稅法第十七條第一項第七款規定計算應扣除之綜合所得稅時，其計算公式

為：全年應納綜合所得稅（不包括延期申報利息）×被繼承人及其配偶所得總額 - 配偶特有財產所得 / 被繼承人及其配偶所得總額 - 被繼承人及其配偶所得已扣繳之稅款（配偶特有財產所得扣繳稅款除外） = 被繼承人死亡前應納未納之綜合所得稅，業經財政部七十三年一月三十日台財稅字第五〇七〇八號函釋有案。（二）原告等原申報被繼承人何士毅死亡前應納稅捐一、五五三、八一九元，本局初查依被繼承人七十九年度綜合所得稅結算申報資料計算，准予扣除之應納稅捐為九六七、六七三元。原告等以被繼承人於申報七十九年度綜合所得稅時，疏未將其生前取得之盈餘轉增資股票二三、三一七、四一〇元計入，現已補繳綜合所得稅九、三二六、九六四元連同利息一、一四二、〇六八元，計一〇、四六九、〇三二元，請自遺產總額中扣除云云，申經復查結果，以被繼承人及其配偶全年應納稅額一四、二九二、五四七元，被繼承人及其配偶所得總額三九、一七六、一八五元，配偶特有財產四、六一八、三二四元，被繼承人及其配偶所得已扣繳稅款分別為一、二〇五、〇九五元及六六九、五〇六元，依前開函釋重新核算被繼承人死亡前應納之綜合所得稅為一一、四〇〇、九三一元，與原核定九六七、六七三元之差額一〇、四三三、二五八元已准予追認。原告等仍不甘服，訴稱被繼承人死亡前應納稅捐一〇、八八〇、七八三元，及其利息一、一四二、〇六八元，本局僅准扣除一一、四〇〇、九三一元，顯有違誤，並稱自動補報加計之利息，應准自遺產總額中扣除一節依首揭函釋規定該利息不得扣除，是所稱於法無據，所訴核無足採。綜上論述：原處分及所為復查、訴願、再訴願決定並無違誤，請准判決駁回原告之訴等語。

#### 理 由

本案就起訴意旨分二部分論述如下：

- 一、南〇公司股票部分：南洋公司股票二、四八一、一二〇股部分：按遺產及贈與財產價值之計算，以被繼承人死亡時或贈與人贈與時之時價為準；但逾期申報、漏報、短報、或隱匿不報者，如逾期申報日或查獲日之時價較死亡日或贈與日之時價為高者，以較高者為準，為行為時遺產及贈與稅法第十條第一項所規定。又結婚時屬於夫妻之財產，及婚姻關係存續中，夫妻所取得之財

產，為其聯合財產。聯合財產中，夫之原有財產及不屬於妻之原有財產之部分，為夫所有，為七十四年六月三日修正前民法第一千零十六條前段及第一千零十七條第二項所明定。是於七十四年六月五日民法親屬編修正生效前，夫妻採聯合財產制者，以妻名義登記之股票，如非屬妻之特有財產或原有財產，仍為夫所有。本件被告機關初查以原告等之被繼承人之配偶即原告何張0雲至被繼承人死亡日止，持有南0公司股票四、二九一、八0七股，其中六十二年至七十四年間取得部分，依修正前之民法規定認定為聯合財產，應屬夫（即被繼承人）所有，經將各次所分配盈餘、資本公積及讓出股數依配股或讓出前特有財產與聯合財產股數佔總股數比例計算，原告何張0雲特有財產部分為一、八一0、六八七股，聯合財產部分二、四八一、一二0股，乃按查獲日較高之每股收盤價八五元（死亡日收盤價四六．九元）就聯合財產屬被繼承人所有之二、四八一、一二0股核算遺產金額為二一0、八九五、二00元。原告等申請復查，未准變更，揆諸首揭規定，洵無違誤，訴願及再訴願決定遞予維持，亦無不合。原告雖主張：本件被繼承人之配偶即原告何張0雲持有之系爭股票，一部分係以薪資、特有財產股利、及出售特有財產股票所得價款，於六十三年至六十九年間，以現金增資或在市場購得，其餘部分則為特有財產之孳息，即資本公積及盈餘轉增資配股取得，且登記有案，依修正前民法第一千零十六條及遺產及贈與稅法第十六條第十一款之規定，為其特有財產，即無申報為遺產之義務。而系爭股票之取得，其價款係開立彰化商業銀行大同分行及合作金庫大同支庫支付，因各該行庫將逾期之傳票帳證及報表銷燬，為不可歸責於原告何張0雲之事由，非原告等無法提出資金流程及支付價款之證明。且依稅捐稽徵法第十一條第一項第三款之規定，憑證保存期限為五年及七年，系爭股票之取得已逾十多年，自無歸咎原告之理。原告已盡舉證責任，且無過失，依司法院釋字第二七五號解釋，系爭股票不應列為遺產核課遺產稅。又原告何張0雲有所得，即有認購系爭股票之能力，該期間原告何張0雲無需負擔家用，且未購置其他財產，依民事訴訟法第二

百七十七條、第二百八十一條及第二百八十二條之規定，可以推認系爭股票為其購得。被告機關認非原告何張〇雲之特有財產，自應負舉證責任。系爭股票於本件行政救濟確定前，究為聯合財產或為原告何張〇雲之特有財產尚屬不明，不生逾期申報遺產問題。倘依判決結果證係聯合財產，亦僅依財政部 69.2.1.台財稅第七八〇三四七六〇〇號函示，於判決確定之日起六個月內補報遺產而已。被告機關依片面之詞，認系爭股票為聯合財產，並依遺產及贈與稅法第十條第一項之規定，以較高之時價計算股票價值計入遺產，亦與司法院釋字第三一一號解釋意旨有違。況原告何張〇雲聲明其持有之南〇公司全數股票為其特有財產。被告機關認定六十二年以前部分為特有財產，六十三年以後部分係聯合財產，其認定前後不一致。且原告何張〇雲自六十三年至七十六年三月二十三日出售之南〇公司股票超出現金增資及市場承購股數，因此賣出之股票中，包括六十二年以前取得者，及六十三年以後用其所得認購者，可由股票號碼查明其取得時間，進而辨明其為特有財產或聯合財產。被告機關就此未予詳查，按其比例計算，顯不符課稅公平原則等語。惟查行為時遺產及贈與稅法第十六條第十一款規定不計入遺產總額之財產，須為被繼承人之配偶或子女經登記之原有財產及特有財產為限，觀之該條規定自明。系爭股票雖經登記為原告名義，然依修正前民法第一千零十六條前段及第一千零十七條第二項之規定，為原告之夫即被繼承人所有，已如前述。則非前開規定不計入遺產總額之特有財產，堪以認定。原告謂已登記為其名義之系爭股票即為其特有財產，無申報義務云云，顯非可採。次查稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之調查員，為調查課稅資料，得向有關機關、團體或個人進行調查，要求提示有關文件，被調查者不得拒絕，為稅捐稽徵法第三十條第一項所明定。依此規定，納稅義務人於稅捐核課期間自有備妥相關稅捐之帳簿、憑證等文件供調查之義務。而系爭股票既經原告等主張為何張〇雲以薪資、特有財產股利及出售特有財產股票所得價款購得。毋論原告所訴稅法規定之憑證保存期限為五年，或來往銀行因逾保存期限將傳票銷燬是否屬實。原告等仍

有提示購置系爭股票之資金流程及支付價款之確實文件以供稅捐稽徵單位查證之義務。乃原告等違反前開法律規定應盡之義務未提供上述文件以供查核，自難謂無過失。其援引司法院釋字第二七五號解釋冀求免責，即非可取。再查，遺產及贈與財產價值之計算，以被繼承人死亡或贈與人贈與時之時價為準，但逾期申報、漏報、短報、或隱匿不報者，如逾期申報日或查獲日之時價較死亡日或贈與日之時價為高者，以較高者為準，遺產及贈與稅法第十條第一項定有明文。本件原告等於申報被繼承人遺產時，未將系爭股票列入，經被告機關查獲，乃按查獲日每股收盤價核定其時價，依法並無不合。原告等雖謂系爭股票於本件行政救濟確定前，究為被繼承人遺產或原告何張〇雲特有財產，尚屬不明，不生逾期申報問題，被告機關依前開但書之規定認定以查獲日之時價為系爭股票之時價，有違該規定及司法院釋字第三一一號解釋云云。惟司法院上開解釋認為前開法律之規定易滋重複處罰之疑慮，應從速檢討修正，並未宣告其為違憲。被告機關於該規定修正前予以適用，難認有何不當。又稅捐之應否課徵，有無逃漏，及其數額如何，均為稅捐稽徵機關職權認定之範圍，苟其認定與法律之規定無違，即無以行政爭訟變更之餘地。是以本件被告機關以原告等於申報被繼承人遺產時將系爭股票予以列入，乃按查獲日每股收盤價核定其時價，並無違誤。至於原告等所訴可由股票號碼中查明其取得時間，以辨明其為特有財產或聯合財產乙節，此項有利於原告之事實，應由原告等負舉證之責。原告等自始未將系爭股票之資金流程及支付價款之確實文件提出，而泛稱由股票號碼可以查知其為聯合財產或特有財產，要非可採。原告等此部分之起訴意旨非有理由，應予駁回。

- 二、被繼承人死亡前應納稅捐部分：按被繼承人死亡前，依法應納之各項稅捐、罰鍰及罰金，應自遺產總額中扣除，免徵遺產稅，為行為時遺產稅及贈與稅法第十七條第一項第七款所規定。被繼承人於年度中死亡，其配偶依所得稅法第七十一條之規定，就其本身所得（特有財產）與被繼承人之所得合併繳綜合所得稅後，於依遺產及贈與稅法第十七條第一項第七款規定計算應扣除之綜合

所得稅時，其計算公式為：全年應納綜合所得稅（不包括延期申報利息）×〔（被繼承人及其配偶所得總額 - 配偶特有財產所得）\被繼承人及其配偶所得總額〕 - 被繼承人及其配偶所得已扣繳之稅款（配偶特有財產所得扣繳稅款除外） = 被繼承人死亡前應納未納之綜合所得稅，業經財政部七十三年一月三十日台財稅字第五〇七〇八號函釋有案。本部分原告等原申報被繼承人何〇毅死亡前應納稅捐一、五五三、八一九元，被告機關初查依被繼承人七十九年度綜合所得稅結算申報資料計算，准予扣除之應納稅捐為九六七、六七三元。原告等以被繼承人於申報七十九年度綜合所得稅時，疏未將其生前取得之盈餘轉增資股票二三、三一七、四一〇元計入，現已補繳綜合所得稅九、三二六、九六四元連同利息一、一四二、〇六八元，計一〇、四六九、〇三二元，請自遺產總額中扣除云云，申經復查結果，以被繼承及其配偶全年應納稅額一四、二九二、五四七元，被繼承人及其配偶所得總額三九、一七六、一八五元，配偶特有財產四、六一八、三二四元，被繼承人及其配偶所得已扣繳稅款分別為一、二〇五、〇九五元及六六九、五〇六元，依前開函釋重新核算被繼承人死亡前應納之綜合所得稅為一一、四〇〇、九三一元，與原核定九六七、六七三元之差額一〇、四三三、二五八元准予追認。揆諸上開規定並無違誤，訴願及再訴願決定遞予維持，亦無不合。原告雖主張：本件被繼承人應納七十九年度綜合所得稅，及逾期繳納之利息，其中加計利息部分係按稅捐稽徵法第四十八條之一第二項自動補繳應納稅捐之規定辦理者，依同法第四十九條規定，可準用本法有關稅捐之規定，應認係遺產及贈與稅法第十七條第七款規定，被繼承人死亡前，依法應納之稅捐，或依同條第八款規定，係被繼承人死亡前未償之債務，應自遺產總額中扣除等語。惟查遺產及贈與稅法第十七條第七款規定自遺產中扣除，免徵遺產稅者，唯限於稅捐、罰鍰及罰金，而利息不包括在內，觀之條文規定殊明。雖稅捐稽徵法第四十八條之一第二項規定之加計利息，依同法第四十九條規定，準用該法有關稅捐之規定，然前開遺產及贈與稅法之規定已將利息排除在外，自不得請求將系

爭利息自遺產中扣除。原告請求自遺產中扣除，自屬無據。又稅捐稽徵法第四十八條之一第二項規定之加計利息，係因補繳稅款始發生之債務，本件原告等於被繼承人死亡後，始為被繼承人補繳稅款，其因此補繳稅款始而發生之債務，並非被繼承人生前之債務。原告等請求依遺產及贈與稅法第十七條第八款之規定，自遺產中扣除，亦乏依據。原告等此部分之起訴意旨難認有理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由。爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 四 年 八 月 三 十 一 日  
(本聲請書其餘附件略)

## 司法院釋字第四一一號解釋

中華民國 85 年 7 月 19 日

院台大二字第 14446 號

### 解 釋 文

經濟部會同內政部、交通部、行政院農業委員會、行政院勞工委員會、行政院衛生署、行政院環境保護署（下稱經濟部等七部會署）於中華民國八十年四月十九日以經（八十）工字第 0 一五五二二號等令訂定「各科技師執業範圍」，就中對於土木工程科技師之執業範圍，限制「建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務限於高度三十六公尺以下」部分，係技師之中央主管機關及目的事業主管機關為劃分土木工程科技師與結構工程科技師之執業範圍，依技師法第十二條第二項規定所訂，與憲法對人民工作權之保障，尚無抵觸。又行政院於六十七年九月十九日以台六十七經字第八四九二號令與考試院於六十七年九月十八日以（六七）考台秘一字第 241 四號令會銜訂定「技師分科類別」及「技師分科類別執業範圍說明」，就結構工程科之技師執業範圍特別訂明「在尚無適當數量之結構工程科技師開業之前，建築物結構暫由開業之土木技師或建築技師負責辦理。」乃係因應當時社會需要所訂之暫時性措施。迨七十六年十月二日始由行政院及考試院會銜廢止。則經濟部等七部會署嗣後以首揭令訂定「各科技師執業範圍」，於土木工程科執業範圍「備註」欄下註明「於民國六十七年九月十八日以前取得土木技師資格，並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者，不受上列建築物結構高度之限制。」其於六十七年九月十九日以後取得土木工程科技師資格者，仍應受執業範圍規定之限制，要屬當然。

### 解釋理由書

憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。惟人民之工作與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之規範，此有本院釋字第四 0 四號解釋可資參

照。惟法律之規定不能鉅細靡遺，對於各種專門職業之執業範圍，自得授權有關機關以命令為必要之劃分。經濟部等七部會署於中華民國八十年四月十九日以經（八十）工字第0一五五二二號等令訂定「各科技師執業範圍」，就中對於土木工程科技師之執業範圍，限制「建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務，限於高度三十六公尺以下」係技師之中央主管機關及目的事業主管機關認為土木工程科技師之執業範圍雖包括建築物結構之規劃等業務，惟與結構工程科技師之執業範圍相較，仍有繁簡廣狹之別，依技師法第十二條第二項規定，對於土木工程科技師之執業範圍，關於建築物結構之部分，為適當之限制。由於土木與結構工程均涉及公共安全，限由學有專精者執行其專長業務，是為增進公共利益所必要，與憲法對人民工作權之保障，尚無牴觸。

行政院於六十七年九月十九日以台六十七經字第八四九二號令及考試院於六十七年九月十八日以（六七）考台秘一字第二四一四號令會銜訂定「技師分科類別」及「技師分科類別執業範圍說明」，就結構工程科之技師執業範圍特別訂明「在尚無適當數量之結構工程科技師開業之前，建築物結構暫由開業之土木技師或建築技師負責辦理」，乃係因應當時社會需要，特別訂明開業之土木工程科技師之執業範圍，包括建築物結構之研究、設計、分析、鑑定、評價、施工、監造及檢驗等原屬結構工程科技師之業務，此為行政機關本於法律之授權就當時取得土木工程科技師資格劃定之執業範圍，屬於一種暫時性措施。迨七十六年十月二日始由行政院及考試院會銜廢止。則經濟部等七部會署嗣後以首揭令訂定「各科技師執業範圍」，於土木工程科執業範圍「備註」欄下註明「於民國六十七年九月十八日以前取得土木技師資格，並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者，不受上列建築物結構高度之限制。」其於六十七年九月十九日以後取得土木工程科技師資格者，仍應受執業範圍規定之限制，要屬當然。

大法官會議 主席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森

城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

### 協同意見書

大法官 陳計男

人民之工作權固受憲法第十五條之保障，人民雖得自由選擇工作及職業，以維持生活。惟人民之工作與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之規範，業經本院釋字第四〇四號解釋闡釋甚明。技師係受委託辦理各該科別技師技術事項之規劃、設計、監造、研究、分析、試驗、評價、鑑定、施工、製造、保養、檢驗、計劃管理及與各該科技師技術有關之事務（參照技師法第十二條第一項），自須有專門技能與知識始能勝任，且其工作與公共安全及社會福祉關係至為密切，涉及公共利益，乃公知事實，自得就各科技師應具備之資格及執業之範圍作適當之規範。其非個人得任以主張憲法工作權之保護為由，即得從事該工作，殊無待言。然各科技師從事之事務種類、項目繁多，法律之規定不能鉅細靡遺，是以法律授權中央主管機關會同目的事業主管機關在此範圍內訂定各科技師執業範圍，與憲法第十五條工作權保障之規定及第二十三條比例原則之意旨尚無違背。

基於科學技術之日新月異，分工愈細，技師之科別與其執業範圍，自須隨時檢討調整訂定，以應時勢之需要。當修訂技師科別及其執業範圍公布後，在公布新科別及其執業範圍前，他科別技師原已取得新科別所定執業範圍者，其既得之執業權，固應予相當之尊重，但公告後始取得他科別技師資格者，自應受修訂後所定執業範圍之拘束，無待詳論。由於建築技術之日益進步，土地利用效率要求日高，高層建築日增，民國六十五年建築法第十三條第一項修正規定，除五層以下非供公眾使用之建築物外，有關建築物之結構其設備與專業工程部分，應由專業工程技師負責辦理。為落實上開規定，有關機關基於技師法第十二條第二項之授權，於六十七年九月十九日發布之「技師分科類別」及「技師分科類別執業範圍說明」，增設結構工程技師類科，有關建築物結構事項規定，應由結構工程技師為之。考試院並於六十八年專門職業及技術人員高等考試開始第一次增設結構工程技

師類別，自此土木工程技師、建築師與結構工程技師類別不同、取得資格各別、執業範圍亦異。又有關機關為考量分業當時社會需求及結構工程技師人數之不足，於技師分科類別執業範圍說明中，結構工程科加註「在尚無適當數量之結構工程科技師開業之前，建築物結構暫由開業之土木技師或建築師負責辦理」。此項「加註」，姑不論其並無法律依據（參照經濟部工業局八十五年六月十八日工）（八五）（七字第0一八二五三號函），其適法性如何有待商榷，矧該「加註」既已表明係在未有適量結構技師開業前之暫時性措施，則因此項時限之暫時性措施，得暫以執行之業務，於時限目的完成時，即不得再適用以繼續執業，乃理所當然。六十七年九月十九日以後取得土木工程技師者，依該「加註」所定期間，雖得暫時執行建築結構事務，惟其所能取得之該項執行業務權，至多亦屬暫時性質；其所能信賴期待者，亦係在此暫時之時限內之執業權，要無據此暫時性之措施取得永久執業權之理。否則「暫由」等語之「加註」，將毫無意義。是其後因時限目的達成，取消「加註」，當不生既得權保障或信賴利益之侵害，更不能因而謂已具有結構技師之資格，或生使法律溯及既往問題，其理至明。迨至七十六年上半年，有關機關鑑於結構工程技師人數已達三百餘人（開業者已有百餘人），為貫徹專業工程應由專業技師負責之技師分科目標，以提升建築物工程品質，維持公共安全，認原時限措施目的已達，乃於七十六年十月三日將上開「加註」刪除，（參照經濟部八十五年二月二十六日經）（八五）（工字第八五00五三二號函），僅在回歸原規定之各執業範圍，並非將刪除「加註」之事項溯及適用於既往，依前開說明，該項刪除「加註」，尚不發生既得權及信賴利益之侵害與違背法律不溯及既往原則之違憲情事。至六十七年九月十九日以後取得土木工程技師並在此期間具有三十六公尺以上高度建物結構設計經驗者，雖可認其有如此結構設計能力，但其既未取得結構工程技師資格，仍不能執行建築結構工程業務。蓋有無經驗能力，與有無執業資格係不同之概念，否則領有普通駕駛執照之人，豈非因有駕駛經驗能力，而當然得以執行職業駕駛職務？再六十七年九月十九日增設結構工程技師科別以前，原已由建築師及土木工程技師執業之建築結構設計部分，該業務當時既係其固有業務範

圖，該建築師或土木工程技師自可信賴其有該項執業權，其既得權自應受相當之尊重，惟其執業與建築物工程品質及公共安全關係至鉅，自應兼顧公共利益，而建築結構之設計復與時精進，故須其就此設計業務具有相當經驗，既得權之保護，始具有正當性可言。八十年四月十九日新修訂之各科技師執業範圍，土木工程科備註欄註明「於民國六十七年九月十八日以前取得土木技師資格並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者，不受上列建築物結構高度之限制」，係對於增設結構工程技師類科以前取得土木工程技師，而於其得執行建築物結構設計業務期間（包括至七十六年暫由土木技師負責辦理期間），復具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者，兼顧尊重其既得權之規定。至六十七年九月十九日至七十六年十月三日期間取得土木工程技師資格者，係依上述「加註」，在七十六年十月三日以前，得暫時辦理建築物結構業務，然其僅為暫時性之措施有如前述，與上述六十七年九月十八日以前取得土木技師資格者之情形不同，有關機關作不同處理，依首開說明，尚無違憲可言。

本號解釋文及解釋理由，本人完全贊同，惟解釋理由書之說明，言簡意賅，容有意猶未盡之憾，爰提出協同意見書如上述，期能有所闡明補充。

### 不同意見書                      大法官 孫森焱

查人民得自由選擇工作及職業，以維持生計，為憲法所保障之基本權利，惟因職業之執行與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，有關職業之活動、選擇職業時資格之取得要件及其他許可執業之要件，非不得以法律限制之，其規範之意旨，仍須符合憲法第二十三條所定比例原則。從事專門職業之執業範圍，經法律授權行政機關訂定規則予以限制時，自應衡量為維護公共安全之公益目的所設限制須合理、相當，且以必要及適當者為要件。又未經法律限制之工作權，如嗣後以法律限制時，應有信賴保護原則之適用，勿使其發生溯及既往之效力，此所以會計師法第一條第二項規定：本法施行前，依法領有會計師證書者，仍得充會計師。又現行律師法第三條第一項雖

規定中華民國人民經律師考試及格並經訓練合格者得充律師。惟本條項修正前其經律師考試及格而充律師者，並不因前此未經訓練之階段而喪失律師資格，其理甚明。如果立法機關基於公益之考量，為增進公共利益之必要，使限制之法律效力溯及既往者，則就此例外情形設特別規定，並應有比例原則之適用，且既為例外情形，與法之原則有別，其設特別規定之理由如何，即不能以「要屬當然」一語以蔽之。

查建築法第十三條於民國六十五年一月八日修正其第一項為：「本法所稱建築物設計人及監造人為建築師，以依法登記開業之建築師為限。但有關建築物結構與設備等專業工程部分，除五層以下非供公眾使用之建築物外，應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工業技師負責辦理。建築師並負連帶責任。」此項規定當係基於專業分工之考量，使專業工程由專業技師負責為最適當之規劃、設計、施工及監督，以提昇建築物工程品質，維護公共安全為目的所設。惟行政院於六十七年九月十九日以台六十七經字第八四九二號令與考試院於六十七年九月十八日以（六七）考台秘一字第二四一四號令會銜訂定「技師分科類別」及「技師分科類別執業範圍說明」，始新增結構工程科，鑒於有關建築物結構事項，如限由結構工程科技師方得為之，其人數有所不足，為因應社會需要，特別於結構工程科之技師執業範圍「備註」欄訂明「在尚無適當數量之結構工程科技師開業之前，建築物結構暫由開業之土木技師或建築技師負責辦理。」迨七十六年十月二日因結構工程科技師已有相當數量，為達成專業工程由專業技師負責辦理之技師分科目標，始由行政院與考試院會銜刪除上開「備註」欄之記載（參看經濟部八十五年二月二十六日經）（八五）（工字第八五〇〇五三〇二號函）。由是以觀，七十六年十月三日以前（上開「備註」欄之記載於七十六年十月四日起發生廢止效力），土木工程科技師之執業範圍，包括建築物結構之研究、設計、分析、鑑定、評價、施工、監造及檢驗等原屬結構工程科技師之業務，此為行政院及考試院依當時有效之技師法第二條規定，就取得土木工程科技師資格劃定之執業範圍，雖屬一種暫時性權宜措施，仍屬工作權之範圍，自應受保障。參酌經濟部會同內政部、交通部、行政院農業委員會、行政院勞工委員會、行政院衛生署、行政院環境保護署（下稱經

濟部等七部會署)依現行技師法第十二條第二項規定於八十年四月十九日以經(八十)工字第0一五五二二號等令訂定「各科技師執業範圍」,就土木工程科技師之執業範圍限制「建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務,限於高度三十六公尺以下。」亦基於技師之中央主管機關及目的事業主管機關地位,確認土木工程科技師之執業範圍,包括建築物結構之規劃等業務,惟依專業分工之考量,應為適當之限制而已,且此限制亦非適用於全體土木工程科技師,故於「備註」欄下註明:「於民國六十七年九月十八日以前取得土木技師資格,並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者,不受上列建築物結構高度之限制。」

按六十七年九月十八日以前技師分科類別未設結構工程科技師類科,於設此類科以後,關於建築物結構部分雖「暫」由開業之土木技師負責辦理,土木工程科技師經開業者,固未必承辦建築物結構之業務,其信賴行政機關以授權命令發布之「執業範圍」從事此業務者,即係信賴保護原則所謂「信賴表現」。此為經濟部等七部會署上開令於「備註」欄明定保障其工作權中心意旨之所在。換言之,上開令所以保障此部分土木工程科技師之工作權並非因其資格之取得係在六十七年九月十八日之前,以當時未設結構工程科,凡取得土木工程科技師資格者,概得從事建築物結構之設計等業務故。觀該授權命令所定保護之要件須(一)在六十七年九月十八日以前取得土木技師資格。(二)在七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者始足當之。其中後者之要件即係本於信賴保護原則而來。既未因其係暫時性措施而限制其嗣後不得再從事此業務,然則所謂「暫時性」應非「信賴」不值得保護之原因。何獨對於六十七年九月十九日以後至七十六年十月二日以前取得土木工程科技師資格,經開業而具有三十六公尺以上高度結構設計經驗者,則仍規定應受執業範圍之限制,排除信賴保護原則之適用?多數大法官通過之解釋文,僅以「要屬當然」一語以蔽之,自難昭折服。

查結構工程科之執業範圍,關於建築物結構之設計、施工、監造等事項僅屬其中執業項目之一而已,此部分業務在七十六年十月二日以前,又在土木工程科技師之執業範圍內。土木工程科技師資格之取

得，不論在六十七年九月十九日以後或之前，在行政院與考試院會銜廢止上開「備註」欄記載之權宜措施以前，其執業範圍並無不同。土木技師從事建築物結構之設計、施工、監造等事項，主管機關並未因其資格取得時間之前後而認其能力有參差之情形，容許土木技師在此期間內從事建築物結構之設計、施工、監造等事項而未限制建築物結構之高度，為因應當時社會需要所訂權宜措施，對於公共安全並無影響，此為主管機關衡量增進公共利益之必要而限制工作權，依授權命令所訂執業範圍。土木技師在此範圍信賴有此權利而從事職業活動，「具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者」，概屬「信賴表現」，不應因土木技師資格取得時間之前後而有不同之評價。若對於資格取得在先者予以保障，資格取得在後者則否，不啻違反憲法所保障之平等權，且徵諸土木技師資格取得在前者，仍受信賴保護原則之適用，可見權宜措施記載「在尚無適當數量之結構工程科技師開業之前，暫由開業之土木技師負責辦理」一語並非意味「在有適當數量之結構工程科技師開業之後」，其「暫由開業之土木技師負責辦理」者，即一概不得再辦理。所謂「暫」字之意應係指此權宜措施將因結構工程科技師開業人數增加而廢止。至於法令廢止之效力以無溯及效力為原則。若例外規定有溯及效力，則基於平等原則，凡依權宜措施執業者一概不再適用，方屬正辦。殊無部分適用、部分不適用而謂「要屬當然」之理。本件多數意見通過之解釋文說理未明，難以贊同，爰提出不同意見書如上。

#### 抄沈 0 秀聲請書

##### 聲請事項：

為聲請受行政院八十二年度判字第一五二六號確定判決，所引用之經濟部八十年四月十九日經（八十）工第 0 一五五二二號頒布「各科技師執業範圍」之法規命令，中土木工程科之執業範圍「從事混凝土、鋼架、隧道、涵渠、橋樑、道路、鐵路、碼頭、堤岸、港灣、機場、土石方、土壤、岩石基礎、建築物結構、土地開發、防洪、灌溉等工程以及其他有關土木工程之調

查、規劃、設計、研究、分析、試驗、評價、鑑定、施工、監造、養護、計劃及營建管理等業務。但建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務限於高度三十六公尺以下。」及其備註欄中註明「於六十七年九月十八日以前取得土木技師資格並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者，不受上列建築物結構高度之限制。」（附件一）該判決適用上開法規命令之結果，其中土木工程科職業範圍但書與備註欄之規定，侵害聲請人受憲法保障之工作權，增加法律所無之限制，違反必要性原則及法治國法令禁止溯及既往之法理，遽而牴觸憲法第二十三條及第一百七十二條規定。聲請人謹依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定聲請司法院大法官解釋。

說明：

一、聲請解釋憲法之目的：

行政法院八十二年度判字第一五二六號判決（附件二）適用經濟部八十年四月十九日經（八十）工第0一五五二二號頒布各科技師執業範圍之命令，其中有關土木工程科執業範圍但書及於該科備註欄內之例外規定牴觸憲法第十五條、第二十三條規定，為此聲請鈞院為違憲審查，並賜准解釋如下：

對於人民工作權執業之範圍，經濟部本於技師法之授權制頒「各科技師執業範圍」之命令，其中土木工程科執業範圍但書及備註欄內之例外規定，增加法律所無之限制，且違背法治國法令禁止溯及既往之原則而剝奪土木工程技師既得執業之範圍，侵犯憲法第十五條所保障人民之工作權，應屬無效。

二、本件疑義性質與經過及所涉及之憲法條文：

（一）緣聲請人於民國六十九年依法考試及格取得土木技師資格，並取得經濟部技師登記證書及台北市技師執業執照，依法從事土木工程業務及建築物結構工程等業務，嗣聲請人於民國八十一年四月一日向台北市政府建設局申請將台北市政府七十九年七月十三日核發之北市建技自字第八四

一之一號台北市技師執業執照之業務所登記：「從事土木工程之研究、規劃、設計、分析、檢驗、施工、評價、鑑定、監造、保養及修護等業務。」改為「從事鋼筋混凝土、預力混凝土、鋼架、橋樑、建築物結構、道路、鐵路、土石方、土壤、基礎、土地開發等工程以及其他有關土木工程之調查、規劃、設計、研究、分析、試驗、評價、鑑定、施工、監造、養護、計劃及營建管理等業務。」且不得對建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務附加任何限制規定。台北市政府以聲請人申請變更土木工程科技師執業執照業務範圍核與經濟部等七部、會、署於八十年四月十九日會同訂定之該科技師執業範圍不符，而駁回所請。

- (二)聲請人不服該處分，循序提起訴願、再訴願，均遭駁回，聲請人認原行政處分、訴願決定及再訴願決定於認事用法，均顯違誤，乃於法定期間，依法提起行政訴訟。惟行政法院於八十二年度判字第一五二六號判決仍認「各科技師執業範圍」乃中央主管機關經濟部依技師法之授權邀集內政部七部、會、署共同訂定之法規命令，其中有關土木工程科在建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務限於高度三十六公尺以下之限制性規定，以及在土木工程科技師執業範圍備註欄中註明「於六十七年九月十八日以前取得土木技師資格並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築結構設計經驗者不受上列建築物結構高度之限制。」之例外規定，並無限制或剝奪聲請人原有之土木工程科執業範圍，而駁回聲請人之訴確定在案。
- (三)司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民聲請解釋憲法，以主張確定終局判決所適用之法令有牴觸憲法之疑義為要件。本案中，台北市政府、經濟部及行政法院咸以經濟部依技師法第十二條第二項授權訂定：「各科技師執業範圍」之命令，其中對土木工程科執業範圍之但書之規定與備註欄之說明，對技師身分之得喪、變更、

消滅並未涉及，從而駁回聲請人之訴願、再訴願及行政訴訟。聲請人爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請大法官解釋前開各科技師執業範圍，其中對土木工程科執業範圍但書規定與備註欄之說明，牴觸憲法第十五條與第二十三條。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所採之立場與見解：

- (一)憲法第十五條規定人民之工作權應予保障。憲法不僅督促政府改善經濟環境，儘量使人民有工作機會，以落實憲法第一五二條：「人民具有工作能力權，國家應予適當之工作機會」之精神，猶有進者，憲法更保障個人應有就其精神、體力、能力之適應性，以選擇從事適當的工作，與所謂「職業自由」概念相當。憲法賦予人民享有職業之自由，不僅使人民因工作獲得了物質生活基本需求，同時藉著工作實現人權自我之價值與信念。本案中，經濟部本於技師法授權訂定之「各科技師執業範圍」命令中，規定土木工程科技師於從事建築物結構之規劃、設計、研究分析業務僅限於高度至三十六公尺以下。行政機關在立法者授權下，固可基於公益考慮，規定土木技師執行職務之方法、種類與範圍。然而，斷不可藉「公益」之名，濫用制定命令之權，對人民權利作不當違法之限制與剝奪，尤其是限制土木工程技師不得再從事三十六公尺以上建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務，實質上，無疑是剝奪了土木技師既有之執業內容，對人民職業自由限制過當。
- (二)職業自由之限制，德國憲法法院判決第七卷第三七七頁以下「職業自由-藥房案」（附件三）提出「三階層理論」（Dreistufentheorie）。首先憲法法院認為限制職業自由必須有法律或根據之法律授權（durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes）。然而，並非以法律或根據法律授權即可任意限制職業自由，必須進一步區分所限制的屬「選擇職業之自由」或「執業方式選擇之自由」，對前者限制之理由與後者相較，前者所應具備之理由較為重大。「執業方

式選擇之自由」只要經合理的公眾利益之考慮並符合比例原則，即得以法律或根據法律授權限制之。換言之，法令雖無限制某人從事某一職業，然而對於從事該職業時的形式或方法卻加以限制，例如規定計程車司機及前座乘客必須繫安全帶，限制營業時間等。此種規定某一行業應如何從事職業之方法或形式，只要對從事該職業之人合理且未造成沉重負擔，皆屬合法。因此，立法者制定關於執業方法或形式之規定時，享有頗大的立法空間。只要經合理考慮且不違反比例原則，立法者得在眾多可能執行職業方法中選擇其一。

在「選擇職業自由」方面，立法者只有在保護特別重要公眾利益 (Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter) 於迫切需要下始得加以限制，且立法者應選擇限制最小之方式。限制「選擇職業自由」亦可進一步區分主觀要件或客觀要件上的限制，前者係針對欲從事某一職業之人士本身應具備資格要件，例如需具備某種教育程度或具備某種能力，年齡條件等，惟主觀要件之限制不得與日後所執行職業之目的違反比例原則，例如對欲經營西藥店之人士，不得要求該藥商必須亦應具有通曉中藥專業知識能力，否則有違必要性比例原則。

在後者客觀要件上則非針對欲從事某職業之人士本身之資格而係指所欲從事職業需求性而言，即依市場之需求性而限定營業家數之規定，如計程車數量太多，而限制核發計程車營業執照，或某一地區藥房太多，而限制核發藥房營業許可。對「選擇職業自由」客觀要件作限制，立法者只有在為防止極明顯重大危害重要公共法益 (Zur Abwehr nachweisbarer oder höchst wahrscheinlicher Gefahren fuer ein ueberragende wichtiges Gemeinschaftsgut) 且屬迫切需要下 (zwingend erforderlich) ，始得為之。

總括言之，立法者限制職業自由立法裁量空間之大小，需視職業自由種類為「執業方式選擇自由」、「選擇

職業自由主觀要件」或「選擇職業自由客觀要件」而定。立法者若欲限制執業方式選擇自由，其限制理由僅須基於一般公益合理考慮且符合目的即足。惟立法者若欲對選擇職業自由主觀要件有所限制，其限制理由則不得僅基於一般公益考慮，必須基於保護特別重大公益理由，始可限制。至於限制選擇職業自由之客觀要件，其限制理由則更需是維護明顯重大危害重要公共法益之理由，如國民健康等，始得為之。

- (三)德國聯邦憲法法院「三階層理論」對解決本案爭議提出思考方向，任何一個公益的產生，必定有一個（或數個）「價值要素」隱藏其後，且這些價值要素皆得溯源至憲法理念。立法者只有為確保更高公益時，始得限制人民職業自由，並應注意公益及其價值要素中亦有「質」上的差異。

憲法第二十三條賦予立法者基於增進公共利益之理由，得限制人民基本權利。本案經濟部基於落實專業分工，提昇工作品質公益目的，根據技師法授權土木工程科執業範圍中有關建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務限定土木工程技師僅能從事高度三十六公尺以下之業務。此一限制規定表面上似僅涉及土木技師執業方式選擇自由，只要經合於公益之考慮，即屬合憲。然而，細究審酌，該限制規定本質上已剝奪土木技師歷年來一直從事建築物結構之業務，實已經關乎「選擇職業自由」之層面。根據「三階層理論」，立法者惟有基於保護特別重要公益之理由，始可剝奪土木技師再從事限於高度三十六公尺以上建築物結構之業務。而特別重要公益理由應指絕對社會利益，例如國民健康是一個廣泛為人民所承認，獨立於社會、國家政策以外的社會價值。司法院大法官釋字第一九一號解釋理由書指出「藥師若僅從事藥品調劑工作，屬專門職業範圍，僅需辦理藥師登記即可，倘若藥師專營或兼營藥品販賣，則係經營藥商業務，具有營利性質，縱屬藥師之業務範圍，已為藥師之登記，仍難排除藥物藥商

管理法及營業法之適用，應辦理藥商登記與營業登記，方符管理藥商之本旨。」（附件四）觀其意旨，藥物藥商管理辦法基於健全藥政之目的，藥師在辦理一定登記手續後，始可經營藥品之販賣藥物之規定，對於藥師工作權尚無影響。足見大法官基於維護國民健康重要法益對於具有藥師資格經營藥品之販賣需經一定行政程序之規定，認為與憲法並無牴觸；同樣的，本案土木工程技師從事建築物結構分析等業務業已多年，經濟部八十年四月十九日頒布「土木工程科執業範圍」之法規命令不僅未見規定土木工程技師若欲繼續從事三十六公尺以上高度建築物結構設計業務，應循何種行政程序，以確保其工作權。反遽然規定土木工程技師不得再從事三十六公尺以上高度建築物結構設計業務。經濟部僅以落實專業分工公益理由而剝奪土木工程技師工作權，無疑違反只有在保護特別重要公益，且應選擇最小方式，始得限制執業自由之原則相違背。

(四)技師法第十二條第二項固授權中央主管機關會同目的事業主管機關訂定各科技師執業範圍。惟經濟部於制頒土木工程科執業範圍，同時並限制土木工程技師不得再從事三十六公尺以上建築物結構設計等業務，此等限制執業範圍但書之規定，增加法律所無之限制。依據中央法規標準法第六條及憲法第二十三條規定，應由法律規定者，不得以命令定之，且命令違反法律，亦屬違反憲法第一七二條之意旨。是以，經濟部八十年四月十九日經（八十）工第0一五五二二號頒布「各科技師執業範圍」中土木工程科之執業範圍但書與備註欄之規定，有違憲法保障人民權利之意旨，應屬無效。

(五)法治國原則，立法機關之立法，行政機關之舉措，其方法與目的間需符合合宜性、必要性，下列各點亦足以釋明經濟部根據技師法授權所頒布「各科技師執業範圍」其中土木工程技師之法規命令，違反比例原則：

1. 何種資格始得執行土木工程科業務，何種資格始得從事

結構工程業務，與各專業養成教育、國家考試內容、方式有密切關係。惟到目前為止，國內大專院校僅有土木工程科系，並無結構工程系，且結構學及結構工程之設計課程均為土木工程科系之必修課程。除在養成教育方面，土木工程技師與結構工程技師不分軒輊外，在考試院所定考試資格上，無論是檢覈或高考，筆試科目之內容亦大同小異（附件五）。

2. 按六十五年頒布之建築法第十三條第一項但書規定：「建築物結構專業工程部分應由建築師交由依法登記開業之專業技師辦理。」此一條文，迄今並無更動。歷來工程中有關建築物結構之規劃設計、研究、分析業務亦皆由土木工程技師辦理，聲請人於民國七十二年十月三日領有台北市建設局核發之「台北市工業技師開業執照」（北市建二技登字第八四一之一號），其中業務範圍欄註明：土木工程（含建築物結構）之設計研究、分析、試驗、評價、鑑定、監造。（附件六）

除此之外，建築法主管機關內政部亦先後做成肯認土木工程技師辦理建築結構業務之解釋在案，如民國七十六年十二月十五日以台（七十六）內營字第五五九一九五號函致行政院秘書處，明確解釋建築物之結構應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工業技師負責辦理，而非「結構工業技師」（附件七）。另民國八十年一月三十一日台（八十）內營字八九八四二三號函說明建築結構部分之專業技師包括土木技師（附件八），並於八十年六月二十日以台（八十）營署建內地字第九五六一號令，會銜頒布技師執業範圍明定土木技師之執業範圍包括「建築物結構」（附件九）。土木工程技師根據其專業多年來在國內負責設計三十六公尺以上高度建築物結構為數極多，如世貿大樓、凱悅大飯店及台電大樓等（附件十）。土木工程技師在建築結構技術上累積造就土木工程技師專業地位並獲得工程界人士一致肯

定。內政部強調建築安全，卻禁止具有結構工程能力與經驗之土木工程技師從事結構業務，豈不有違其主張。

孰料經濟部卻於民國八十年四月十九日以經（八十）工第0一五五二二號訂定「各科技師執業範圍」，其中土木工程科之執業範圍禁止辦理三十六公尺以上建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務。此一限制依經濟部之說明主要係基於為維護公共工程品質、營建水準與專業分工之考慮。按專業分工僅是方法而非目的。專業分工目的在提高工程品質及安全。不能僅因國家開科設考產生結構工程專業技師即能達成確保工程品質及安全之目的。專業技術不能僅憑一紙考試及格證書，尚需有實務經驗之累積，專業分工除了「水平」分工外，還有「垂直」性分工。設若規定建築物結構技師資格之取得，應先取得土木技師資格，經辦理高層建築物結構設計若干年經驗，始再經一定審定方式取得更專精之結構設計資格，相信此種結合土木工程系之所學與實務，始能達成提高工程品質，確保高層建築物安全之目的。惟如上述，我國目前對於土木工程技師與結構工程技師在養成教育與國家考試之內容、方式上，幾無差異，僅有設科開考之「水平分工」而無「垂直分工」之制度，欲達提高工程品質安全之目的，豈不緣木求魚。

3. 國外先進專業分工國家如美國、日本、新加坡、馬來西亞（附件十一），除美國少數州（如加州洛杉磯）設土木技師外，另設結構技師，大皆僅設土木技師，其建築物結構皆由土木技師辦理。而在設有結構技師之各州，欲取得結構技師資格者，必須先取得土木技師資格後，在從事若干年有關結構工程之工作後，始得參加考試取得資格，足見技術經驗累積始能臻於建築安全品質保證之目標。
4. 建築物結構設計工程，由於建築物的高度與其設計難度成正比，電腦軟體設備在設計上奠定精確度為最大基

礎，因而，土木工程技師藉著高功能腦，仍然可以擔負起建築結構之計算、分析任務，從而，強要劃分土木技師與結構技師之範圍，實不具說服之理。

四、政府基於專業技師分科制度之理想，於民國六十七年設科考試結構技師。姑不論此一分科制度有無實際性或必要性，政府不應藉頒布執業範圍之命令，溯及的限制人民既得權。行政法院四十九年判字第一〇八號判例：「按實體從舊程序從新之原則，行政官署所為之行政處分，自應依照行為時有效之舊法規，在職業範圍以內，依法裁量，要不能適用行為後公告之辦法，而溯及既往，為不利於行為之處分」。法令亦有不溯及既往原則之適用。經濟部八十年頒布土木工程技師執業範圍之法規命令，限制原屬土木技師所負責辦理建築結構之規定，不僅侵害具建築結構經驗之土木技師之既得權，並違反法治國家信賴保護，造成人民對法律尊嚴、政府公信力再度喪失信心，此乃民主法治國家不應容忍之現象。

五、綜上所述，行政法院八十二年度判字第一五二六號判決所適用之法令有牴觸憲法疑義，為此謹聲請鈞院惠予賜准為違憲審查，以維護憲法保障人民權益之精神，實感德便。

謹 呈

司法院 公鑒

聲請人：沈〇秀

中 華 民 國 八 十 三 年 五 月 二 十 一 日

附件一：經濟部八十年四月十九日經（八十）工第〇一五五二二號

「各科技師執業範圍」：土木工程科執業範圍影本。

附件二：行政法院八十二年度判字第一五二六號判決影本。

附件三：「職業自由」工作權判決，蕭文生譯，收錄於西德聯邦憲法院裁判選集（一），司法院印行，民國七十九年十月。

附件四：司法院大法官釋字一九一號。

附件五：各科技師（土木技師、結構工程技師等）檢覈筆試及考試科目表。

附件六：聲請人沈〇秀台北市工業技師開業執照，北市建二技登字第

八四一之一號影本。

附件七：內政部七十六年十二月十五日台（七六）內營字第五五九一九五號函。

附件八：內政部八十年元月三十一日台（八十）內營字第八九八四二三號函影本。

附件九：內政部八十年六月二十日台（八十）營署建字第九五六一號函影本。

附件十：土木技師辦理三十六公尺以上高度建築物結構設計之代表實例。

附件十一：世界各先進國家土木技師及結構技師甄選資格及執業範圍比較表。

附件二：

行政法院判決

八十二年度判字第一五二六號

原告 沈〇秀 （住略）

被告 台北市政府

上當事人間因技師法事件，原告不服行政院中華民國八十二年三月二十四日台八十二訴字第〇七三九九號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告原經依法考試及格取得土木技師資格，並取得經濟部技師登記證書及台北市技師執業執照。嗣原告於民國八十一年四月一日向台北市政府建設局申請將台北市政府七十九年七月十三日核發之北市建技自字第八四一-一號台北市技師執業執照之業務範圍所登記：「從事土木工程之研究、規劃、設計、分析、檢驗、施工、評價、鑑定、監造、保養及修護等業務。」改為「從事鋼筋混凝土、預力混凝土、鋼架、橋樑、建築物結構、道路、鐵路、土石方、土壤、基礎、土地開發等工程以及其他有關土木工程之調查、規劃、設計、研究、分析、

試驗、評價、鑑定、施工、監造、養護、計畫及營建管理等業務。」且不得對建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務附加任何限制規定。經被告所屬建設局於八十一年四月六日以北市建二字第第一八〇三五號簡便行文表否准其所請。原告不服，向經濟部提起訴願。案經該部依訴願管轄規定移由台北市政府 81 府訴字第八一〇三二一八一號訴願決定，以再訴願人申請變更技師執照範圍，依技師法第四條及第七條第二項規定，准駁之權屬被告，被告所屬建設局以北市建二字第第一八〇三五號簡便行文表否准其所請，其行政管轄難謂適法，乃將原處分撤銷。案經被告於八十一年七月二日以府建二字第八一〇四五五八六號函復，以原告申請變更土木工程科技師執業執照業務範圍，核與經濟部等七部、會、署於八十年四月十九日會同訂定之該科技師執業範圍不符，仍否准所請。原告不服，循序提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨如次：

原告起訴意旨及補充理由略謂：一、原告於六十九年參加檢覈考試，取得土木技師資格，依法得從事土木工程業務及建築物結構工程等業務，此為原告既得之工作權利：（一）土木技師得執行建築物結構專業工程部分之法律依據，實源於建築法，建築法歷經數次修正，皆規定「建築物結構專業工程部分應由建築師交由依法登記開業之專業工業技師辦理」，於六十五年建築法之修正，依該法第十三條第一項但書規定：「有關建築結構與設備等專業工程部分，除五層以下非供公眾使用之建築物外，應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工業技師負責辦理，建築師並負連帶責任。」亦明定建築物結構由專業工業技師辦理，條文中所謂：「專業工業技師」並不限於結構技師，因為民國六十七年專技人員高考才分土木及結構工程科，於六十五年修訂建築法第十三條時，尚無結構技師之存在。建築法自六十五年修正迄今尚未修訂，故建築法第十三條但書所謂：「專業工業技師」當然指土木科之技師而言。此由內政部之台(80)內營字第八〇七一九一六號函示亦足以證明。（二）八十年四月十九日經濟部會同各部會擬定之「各科技師執業範圍」有關「於六十七年九月十八日以前取得土木技師資格者」，乃因專技高考於六十七年將技師分為土木科及結構工程科等類科分別甄選專才，故該備註欄以六十七年九月十八日為分界

點，但並未考慮到土木技師之考選除了高考之外，尚有檢覈考試，土木技師之檢覈考試於民國七十一年才開始分土木及結構工程科，於七十一年以前之檢覈考試，根本無結構工程科。原告於六十九年參加檢覈考試，取得土木技師資格，此項檢覈必需具有大學畢業相關科系及四年之工作經驗，尚須具有工作成果證明始得參加檢覈筆試，筆試科目除共同普通科目外，餘皆與高考相同，足見此項檢覈考試相當嚴格，因此原告於六十九年取得土木技師資格時，尚無結構技師之檢覈，若認六十七年高考分科以前取得土木技師。因尚未分科，故得從事土木工程技師及結構工程技師之業務，則原告於六十九年依檢覈取得土木技師資格；因為當時尚無結構技師之檢覈，則原告亦得從事土木及結構工程技師之業務。（三）依六十七年九月十八日行政院會同考試院所發布之「技師分科類別執業範圍」之備註欄規定，由於結構技師不符所需，故土木技師仍得為建築物之結構設計，該項備註欄於七十六年十月二日才取消，則依此規定，在七十六年十月二日之前，土木技師仍得為建築物之結構設計不受任何限制。於七十五年十月二十八日台北市政府所核發原告之開業執照，其業務範圍亦明列：「從事土木工程（含建築物結構）之設計、研究、分析、試驗、評價、鑑定、監造及與本技術有關之事務。」足見有關建築物結構之設計等業務早為原告所擁有之權利。（四）在六十七年以前主管機關（台北市政府）核發土木技師執照之業務範圍亦明載：「土木工程之結構設計、研究、分析、試驗、評價、鑑定、監造及與本技術有關之事務」，此項業務範圍與原告之開業執照業務範圍完全相同，原告當然具有建築結構工程設計等之執業權利。（五）原告自六十九年開業迄今，執業從未中斷，於六十九年至七十六年之間實際上具有高度三十六公尺以上建築物結構工程設計監造之經驗，原告於再訴願書已詳列證據用供審酌。二、訴願決定及再訴願決定，皆認為「經濟部於八十年四月十九日所令頒之各科技師執業範圍之規定並未涉及技師身分之得喪變更消滅事項，對原領有技師資格者之既得權益並未因之而受限制或剝奪。又於不逾越法律授權目的範圍內衡量公益與私益，亦非不得為例外之規定」，實有誤會。因為：（一）原告雖於六十九年間取得土木技師資格，但依前述，原告早已具有從事建物結構工程之業務

權利與工作經驗，且為主管機關所核示之權利，故原告實際上具有「從事土木工程之研究、規劃、設計、監造之業務」及「從事建築物結構之設計及監造業務」之兩項權利，今若由經濟部藉由專業分工理由而限制原告以往已具備之從事高度三十六公尺以上建築結構之業務，無異剝奪了原告一半之工作權利。（二）原告於六十九年檢覈取得土木技師資格，因檢覈尚未分科，當然可以執行與結構技師相當之工程業務，且此項權利為行政院會同考試院於六十七年九月十八日所發布之「技師分科類別執業範圍」備註欄所承認，原告實際上亦有足夠之能力從事三十六公尺以上之建物結構設計監造及工作經驗，今日經濟部遽予依八十年四月十九日所發布之命令限制並剝奪原告之工作權利，不啻為違法不當之行為。又原告所爭執者係「建築物結構之規劃、設計、研究、分析等業務不受三十六公尺高度之限制」，而非爭取從事「橋樑、壩」等業務。三、按「人民之工作權應予保障」乃為我國憲法第十五條所明文規定，「關於人民之權利應以法律規定」乃為中央法規標準法第五條所明文，查經濟部於八十年四月十九日會同各部會所發布之「各科技師執業範圍」有關土木工程科技師與結構工程科技師之執業範圍乃為一行政命令，已明顯侵害原告之工作權。蓋法律之授權亦有其限制，不得任意擴張解釋，此為民主國家法治精神之所在，否則任何機關皆得藉口「公益」而以命令對於人民之權利作不當違法之剝奪限制。今日經濟部該項命令未衡酌原告係在民國六十九年以檢覈取得技師資格而當時檢覈尚未分科之事實，率以該項命令係補充技師法所未規定事項之法規命令，而執意認為原告不符該項命令備註欄之規定，其決定顯然違法不當。請判決撤銷一再訴願決定及原處分，以維權益等語。

被告答辯意旨略謂：一、查經濟部邀集內政部等七部會署於民國八十年四月十九日以經（八十）工第0一五五二二號等令頒實施之「各科技師執業範圍」，其中土木工程科之執業範圍以但書規定建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務限於高度三十六公尺以下，並於該科備註欄中設有例外規定，載明「於民國六十七年九月十八日以前取得土木技師資格並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者不受上列建築物結構高度之限制。」即符合該資

格及經驗者對於建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務不限於高度三十六公尺以下。惟查原告係於六十九年六月間取得土木技師資格，縱如原告所述，其早在六十七年至六十九年間已有五十公尺以上高度建築物結構設計經驗，且於六十九年至七十六年間有該類建築物結構監造經驗，與上開規定仍有不符，原告所請變更土木工程科技師執業範圍事件，依上開規定自不得准許。二、按「技師之主管機關：在中央為經濟部；在省（市）為省（市）政府；在縣（市）為縣（市）政府。」「各科技師執業範圍，由中央主管機關會同中央目的事業主管機關定之。」技師法第四條及第十二條第二項分別定有明文。而「各科技師執業範圍」乃中央主管機關經濟部依技師法之授權邀集內政部等七部會署所共同訂定，其合法性不容置疑。又該「各科技師執業範圍」係補充技師法所未規定事項之法規命令，旨在使依法取得證照之技師有其明確之執業範圍，俾能參與並提供專業技術知識以應社會需求，對技師身分之得喪、變更、消滅並未涉及。另由行政院會同考試院於六十七年九月十八日發布之技師分科類別執業範圍說明結構工程科之備註欄註明「在無適當數量之結構工程科技師開業之前，建築物結構暫由開業之土木技師或建築技師負責辦理」觀之，建築物結構原屬結構工程科技師之執業範疇，惟為因應當時實際情況，土木技師或建築技師亦可暫辦是項業務；其後為使依法取得證照之技師有其明確執業範圍，乃由經濟部多次邀集內政部等七部會署及相關技師團體共同研商，並參酌技師法第十二條第一項暨專業分工精神訂定，於八十年四月十九日以經（八十）工第0一五五二二號等令發布該各科技師執業範圍，其中土木工程科技師執業範圍備註欄之說明「於六十七年九月十八日以前取得土木技師資格並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者不受上列建築物結構高度之限制」，旨在保障在特定期限取得土木工程科資格並具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者，不受建築物結構高度之限制，是以此規定對原告原領有土木工程科技師執業範圍並未因之而遭受限制或剝奪，原告指摘該行政法規不當違法限制並剝奪其工作權利，殊屬無據。三、依六十一年二月五日總統令修正公布之考試法（七十五年一月二十四日新訂專門職業及技師人員考試法）第二條規

定：「 專門職業及技術人員考試，分高等考試、普通考試兩種」，上開考試依同法第六條（專門職業及技術人員考試法第三條）規定，並得以檢覈行之，原告係於六十九年六月間始經由檢覈考試取得土木技師資格，縱如原告所述，於七十一年始有結構工程科之檢覈，然自民國六十八年起已有結構工程科技師高等考試，原告如欲從事結構工程科技師業務，自可經由高等考試取得，且因土木科與結構工程科技師考試科目不同，原告自不能以其六十九年檢覈取得土木技師資格當時尚無結構技師之檢覈分科，而主張其當然具有執行結構工程技師業務之權利。四、另查「各科技師執業範圍」中，對於土木工程科技師之執業範圍有關建築物結構部分規定限制「建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務限於高度三十六公尺以下」，「於民國六十七年九月十八日以前取得土木技師資格並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者不受上列建物結構高度之限制。」除上開情形外，「從事橋樑、壩、建築及道路系統等結構物及基礎等之調查、規劃、設計、研究、分析、評價、鑑定、施工、監造及養護等業務。」均歸屬專業結構工程科技師之執業範圍，二者不容相混。原告既係土木技師，依法自應受上述規定限制，不得為高於三十六公尺之建築物結構規劃等業務，否則與結構技師之業務範圍無異，失卻國家專業技師分科考選執業之劃分制度，殊屬未洽。本府駁回原告申請變更土木工程科技師執業範圍事件之處分悉依法令規定辦理，論事用法並無不合，請駁回原告之訴等語。

#### 理 由

按各科技師執業範圍，由中央主管機關會同目的事業主管機關定之，技師法第十二條第二項定有明文。經濟部根據上開規定會同內政部、交通部、行政院農業委員會、勞工委員會、衛生署及環境保護署於八十年四月十九日以經（八十）工第0一五五二二號等令會銜發布各科技師執業範圍，其中土木工程科之執業範圍為「從事混凝土、鋼架、隧道、涵渠、橋樑、道路、鐵路、碼頭、堤岸、港灣、機場、土石方、土壤、岩石、基礎、建築物結構、土地開發、防洪、灌溉等工程以及其他有關土木工程之調查、規劃、設計、研究、分析、試驗、評價、鑑定、施工、監造、養護、計畫及營建管理等業務。但建築物結

構之規劃、設計、研究、分析業務限於高度三十六公尺以下。」其備註欄中註明「於六十七年九月十八日以前取得土木技師資格並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者，不受上列建築物結構高度之限制。」上開「各科技師執業範圍」乃中央主管機關經濟部依技師法之授權邀集內政部等七部會署共同訂定，其程序自屬合法，且其內容在補充技師法所未規定事項之法規命令，旨在使依法取得證照之技師有其明確之執業範圍，俾能參與並提供專業技術知識以應社會需求，對技師身分之得喪、變更、消滅並未涉及。另由行政院會同考試院於六十七年九月十八日發布之技師分科類別執業範圍說明結構工程科技師之備註欄註明「在無適當數量之結構工程科技師開業之前，建築物結構暫由開業之土木技師或建築技師負責辦理」觀之建築物結構原屬結構工程科技師之執業範疇，惟為因應當時實際情況，土木技師或建築技師亦可暫辦是項業務，乃一時之權宜措施；其後為使依法取得證照之技師有其明確執業範圍，乃由經濟部多次邀集內政部等七部會署及相關技師團體共同研商，並參酌技師法第十二條第一項暨專業分工精神訂定，於八十年四月十九日以經（八十）工第0一五五二二號等令發布該各科技師執業範圍，其中土木工程科技師執業範圍備註欄之說明「於六十七年九月十八日以前取得土木技師資格並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者不受上列建築物結構高度之限制」，旨在保障在特定期限取得土木工程科資格並具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者，不受建物結構高度之限制，是以此規定對原告原領有土木工程科技師執業範圍並未因之而遭受限制或剝奪，惟原告係於六十九年六月間始因檢覈取得土木技師資格，與該科備註欄所設例外規定須「於民國六十七年九月十八日以前取得土木技師資格並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者」之規定不符，原告指摘該行政法規違法限制並剝奪其工作權利，尚屬無據。又依六十一年二月五日總統令修正公布之考試法（七十五年一月二十四日新訂專門職業及技師人員考試法）第二條規定：「專門職業及技術人員考試，分高等考試、普通考試兩種」，上開考試依同法第六條（專門職業及技師人員考試法第三條）規定，並得以檢覈行之，

原告係於六十九年六月間始經由檢覈考試取得土木技師資格，然自民國六十八年起已有結構工程科技師高等考試，原告如欲從事結構工程科技師業務，自可經由高等考試取得，且因土木科與結構工程科技師考試科目不同，原告主張其六十九年檢覈取得土木技師資格當時尚無結構技師之檢覈分科，而當然具有執行結構工程技師業務之權利云云，自非可採。未按「各科技師執業範圍」中，對於土木工程科技師之執業範圍有關建築物結構部分規定限制「建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務限於高度三十六公尺以下」，「於民國六十七年九月十八日以前取得土木技師資格並於七十六年十月二日以前具有三十六公尺以上高度建築物結構設計經驗者不受上列建物結構高度之限制。」除上開情形外，「從事橋樑、壩、建築及道路系統等結構物及基礎等之調查、規劃、設計、研究、分析、評價、鑑定、施工、監造及養護等業務。」均歸屬專業結構工程科技師之執業範圍，二者不容相混，且各執業範圍亦不容割裂適用。原告既係土木技師，依法自應受上述規定限制，不得為高於三十六公尺之建築物結構規劃等業務，否則與結構技師之業務範圍無異，失卻國家專業技師分科考選執業劃分制度之意義。從而被告否准原告申請變更其土木工程科技師執業範圍為「『從事鋼筋混凝土、預力混凝土、鋼架、橋樑、建築物結構、道路、鐵路、土石方、土壤、基礎、土地開發等工程以及其他有關土木工程之調查、規劃、設計、研究、分析、試驗、評價、鑑定、施工、監造、養護、計畫及營建管理等業務。』且不得對建築物結構之規劃、設計、研究、分析業務附加任何限制規定」之處分，揆諸首揭規定及說明，洵無違誤，一再訴願決定遞予維持，均無不合。原告起訴意旨，難謂有理由，應予駁回。據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十二年七月六日  
(本聲請書其餘附件略)

## 司法院釋字第四一二號解釋

中華民國 85 年 8 月 2 日

院台大二字第 15232 號

### 解 釋 文

後備軍人轉任公職考試比敘條例第六條授權考試院訂定施行細則，考試院乃於中華民國七十七年一月十一日考量公務人員任用法及公務人員俸給法已於七十五年重新制定，並於七十六年一月十六日施行，於後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則第十條第五項明定將其適用範圍限於七十六年一月十六日以後之轉任人員，係為配合新制公務人員任用法及公務人員俸給法，並斟酌各種情況之差異所為之規定，尚未違反後備軍人轉任公職考試比敘條例授權之意旨，與憲法有關工作權之平等保障，亦無抵觸。

### 解釋理由書

憲法第七條所定之平等原則，係為保障人民在法律上地位之實質平等，亦即法律得依事物之性質，就事實情況之差異及立法之目的，而為不同之規範。法律就其所定事實上之差異，亦得授權行政機關發布施行細則為合理必要之規定。後備軍人轉任公職考試比敘條例第六條授權考試院訂定施行細則，考試院本此於中華民國六十九年修正發布之同條例施行細則第十條第一項規定軍官士官具有任用資格而轉任公務人員時得比敘之官等職等，與陸海空軍軍官士官任官條例第二條附表一「陸海空軍軍官士官官等官階與公務人員職等對照表」之規定意旨相符；同細則第十條第二項則係規定軍官及士官轉任公務人員時，依公務人員俸給法或分類職位公務人員俸給法規定比敘。以上均係就法律所定軍職年資之事實上差異為必要之規定。嗣考試院於七十七年一月十一日考量公務人員任用法及公務人員俸給法已於七十五年重新制定，並於七十六年一月十六日施行，乃修正後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則第十條，除於第二項作文字修正外，並增訂第五項，明定將其適用範圍限於七十六年一月十六日以後之轉任人員，係為配合新制公務人員任用法及公務人員俸給法，並斟酌各種事實情

況之差異所為之規定，尚未違反後備軍人轉任公職考試比敘條例授權之意旨，與憲法有關工作權之平等保障，亦無抵觸。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林國賢 施文森 城仲模  
孫森焱 曾華松 楊慧英 戴東雄  
蘇俊雄

部分不同意見書 大法官 吳 庚 蘇俊雄 王和雄

本件聲請人為行政法院確定終局判決所適用之後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則（民國七十七年一月十一日發布）第十條之規定，有違法及違憲疑義聲請解釋，除對該細則僅溯及適用於七十六年一月十六日以後轉任之人員，聲請人因轉任係在上述日期之前，無從援用，致比敘之職等較低，違反平等原則，損害其服公職等憲法上權利，有所指摘外，並主張上開細則「已完全悖離法治主義之基本原理，法律優越與法律保留原則」等情。查憲法既賦予大法官維護規範位階及憲政秩序之重大職責（見本院釋字第四〇五號解釋理由書），對聲請人此一莊嚴控訴，自應列為審查之重點，無論所得結論為合憲抑違憲，均應深入探究作成明確之釋示，未可翊置不論或語焉不詳。倘發現相關法規確有瑕疵，縱未宣告其違法、違憲，亦應給予相當程度之非難，俾能促使法制之健全發展。

公務員與國家或行政主體之關係，屬於所謂特別權力關係，而傳統特別權力關係理論之兩大特徵，一係排除法律保留原則之適用，換言之，允許國家或行政主體訂定行政規則（或稱特別規則）取代法律；一係公務員（即相對人）不得就相關事項提起爭訟。上述特質之特別權力關係理論有悖於法治國家之基本原則，久為各國所拋棄，已屬眾所周知之事實，毋待贅述。就我國之發展而言，自本院釋字第一八七號解釋至釋字第三八二號解釋，解除不許爭訟之限制所著之解釋先後多達十號（本件即因釋字第三三八號之公布始得提起行政爭訟）；至於特別規則得不受法律保留原則限制之傳統理論，亦為本院釋字第三八〇號宣告大學法施行細則部分條文違憲之解釋所否定。蓋

若依傳統理論，學生應修何種課程以行政命令（即特別規則）加以規範，原本不生合法性之疑問，何況施行細則乃法律授權訂定，焉有違法或違憲之理？然釋字第三八〇號解釋稱：「大學法並未授權教育部邀集各大學相關人員共同研訂共同必修科目，大學法施行細則所定內容即不得增加大學法所未規定之限制」。教育主管機關尚且不得任意訂定各種拘束學生之命令，人事主管機關尤其不得超越法律之外，發布影響公務員權益之官制官規，當屬現行法制上已確立之原則。近年以來，主管機關所發布與公務員有關之規章，經本院宣告違憲者已有多起，例如釋字第二六八號之於考試法施行細則，釋字第二七四號之於公務人員保險法施行細則，均可供參照。

由上所述，公務員憲法上權利所受保障，基本上與人民並無二致，故有關公務員之權利義務事項，一如人民應由法律加以規定。法律若授權以命令限制人民之權義關係者，其授權必須具體明確，如僅概括授權行政機關訂定施行細則者，細則僅能就執行法律有關之細節性及技術性之事項有所規定，且必須符合立法意旨，並未逾越母法規定之限度，始為憲法之所許，迭經本院著有釋字第三六〇號、第三六七號、第三九〇號、第四〇二號等解釋在案。又法律之規定固不能鉅細靡遺（釋字第三六七號、第四一一號解釋理由書之用語），而所謂法律授權明確性之要件，雖係指就該項法律整體所表現之關聯意義為判斷，並非拘泥於特定法條之文字（釋字第三九四號解釋理由書用語），惟法律本身必須就實現其立法目的有關之核心事項自行規定，不能委由行政機關以訂定次級規範方式加以替代，否則根本無法從法律整體解釋中，得知其授權之意旨，而行政機關發布之命令已非執行法律所必要之補充規定，乃係構成以命令代替法律之僭越。就國會立場而言，則係怠於履行其立法職責，使權力分立之憲法原理遭受結構性之破壞。通常所見之情形，為法律以三、五條內容空泛之條文，作欠缺實質意義之規定，而將核心事項在內之一切應受規範對象空白授權，聽任行政機關自行訂定，行政機關既可不受法律之拘束，自無依法行政可言。一旦出現「此種虛有其表、未作規定之法律即係非法治國之標誌」（Leerlaufende, nichtsagende Gesetze dieser Art sind Indikatoren des Nicht-Rechtsstaates. 引自 Heiko Faber, Verwaltungsrecht, 2.

Aufl. ,1989,S,88 )。

本件發生疑義之法規中，「母法」後備軍人轉任公職考試比敘條例，總共僅七個條文，第一條、第六條及第七條分別為立法之依據、施行細則之訂定及施行日期等例行規定，剩餘四條之中，對後備軍人「參加公職考試」及「轉任公職比敘」之核心事項，並無實質意義之規範內容。對參加考試事項而言，無非酌予優待，最關重要之各類考試之應考資格認定，竟未加規定；對轉任比敘事項而言，亦僅第五條第一項第二款有：「按其軍職年資，比敘相當級俸」寥寥數語，無非「比敘」二字之文義解釋或定義規定。綜觀該條例全文何異於僅設兩項條文，一曰：「為優待後備軍人參加公職考試及轉任公職比敘，特制定本條例」，二曰：「其餘事項由施行細則定之」，乃不顧權力分立之憲法原理，所作之典型的空白授權，離現代法治國家之水準遠矣，與前述本院近年所樹立合憲標準亦有差距。上開條例及其施行細則，僅能視為法制未完備前之措施（釋字第二八九號解釋理由書用語），該條例因不在聲請解釋範圍，固不宜宣告違憲，但施行細則第十條倘非基於與另一法律「陸海空軍軍官士官任官條例」所定之職等對照表相符，實難有其他令人信服之合憲理由。多數意見對相關法規所存在之明顯瑕疵，未能加以指正，尚有未洽。

又本件聲請意旨既明確指摘上開細則第十條第二項及第五項有違憲疑義，多數意見僅就第五項而為解釋，對第二項之合憲性所作之闡釋，顯未周延。實則該細則第二項：「前項各款軍職年資，經任官有案者轉任公務人員相當職務時，依該職務在職務列等表所列職等及轉任人員官等任用資格，自前項各款規定職等最低俸級起敘，並按每滿一年提高一級比敘，高資可以低用，但不得超過該職等本俸最高俸級。依前項第一第二第四等三款取得跨職等資格者，均以較低職等轉任及起敘，但得按其最近考績連續二年列甲等或連續三年一年列甲等二年列乙等以上，轉任為較高職等，但一資均不得二用（同一年資不重複採計）」。前段係比照公務人員俸給法有關公務人員調任、轉任之核敘而為之規定，其中所謂高資可以低用，則係指轉任人員具有較高之任用資格，而所能派任之職缺其職等較低之情形而言。如堅持轉任人員必須派任職等相當之職位，則因事實上之困難，反而喪失轉任

公務人員之機會，故亦寓有貫徹優待後備軍人之立法意旨。至該項後段所訂之起敘、提敘之規定，與一般公務人員核敘方式並無不同，其核敘當然不能超過組織法規（或職務列等表）上所定職等本俸最高俸級，其起敘得按考績結果而提升，亦與公務人員考績法第十七條第一項所規定意旨相符。從而，始能獲致上開細則第十條第二項亦未違憲之結論。

### 抄鄒 0 洽聲請書

受文者：司法院

主 旨：考試院發布之「後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則」第十條第二項、第五項，法規命令內容有牴觸憲法與法律之疑義，請轉大法官會議，惠予解釋。

說 明：

#### 一、聲請解釋憲法之目的：

後備軍人轉任公職考試比敘條例（以下簡稱該條例），自民國五十六年六月二十二日總統公布施行以來，尚未再修訂，顯示該法相當具有安定性與前瞻性，聲請人於民國六十九年八月三十一日以陸軍砲兵中校退伍，民國六十九年九月二十四日轉任公職，完全符合該條例第五條第一項第二款「後備軍人取得公務人員任用資格者，按其軍職年資，比敘相當俸給」之規定，十四年來，竟無緣、無法享受此「比敘相當俸給」之優待權益，癥結乃在主管機關訂定法規時，完全忽視立法目的與立法精神，選擇性執法，只為特權者服務，考試院認為委任立法之限制條件，是補充母法之效力，即使剝奪部分人之權益，亦無違背社會公平、正義之理，與憲法保障之人權，故急需大法官會議釋示，加以澄清，匡正觀念，以宏揚憲政民主法治。

#### 二、疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文：

##### （一）疑義或爭議之性質與經過：

1. 疑義內容：（考試院於民國七十七年一月十一日再修正

之內容)

- (1)該條例施行細則第十條第二項「高資可以低用，但不得超過該職等本俸最高俸級。」
- (2)該條例施行細則第十條第五項「本條規定限適用於民國七十六年一月十六日公務人員任用、俸給法施行後之轉任人員。」

2.疑義發生經過：

考試院於民國五十七年五月十五日公布該條例施行細則，其中第十條第二項即有「但均不得超過擬任職務職等最高俸級（階）。」之規定，原尚無甚大爭議，隨後考試院再公布「後備軍人轉任公職複審俸給作業要點」，其中即嚴加限制，「比敘至本職最高俸級，軍職年資，不得作為年功俸晉敘」，爭議乃由此產生，但因公務員與國家之間，為特別權力關係，不能以行政爭訟手段，謀求救濟，迨至民國七十七年一月十一日修正施行細則，主管機關便將此不合法、不合理之原則納入修正之法規命令中，並特別再增訂第五項適用時間之限制，反正被宰制的都是弱勢的公務人員，申訴、爭訟根本官官相護，無濟於事。

(二)涉及之憲法條文：

- 1.憲法第七條保障人民在法律上一律平等之權。
- 2.憲法第十五條保障人民在經濟上之受益權。
- 3.憲法第十八條保障人民服公職之權。
- 4.憲法第一百七十二條命令與憲法或法律抵觸者無效。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解：

(一)聲請解釋憲法之理由：

- 1.疑義雖自始存在，但因公務人員與國家之間，是基於特別權力、義務關係，尤其在過去威權體制下，公務人員有冤曲，除了向機關長官陳述與申請復審外，根本無救濟管道，及至民國八十二年二月二十五日司法院公布大法官會議釋字第三三八號解釋後，公務人員對審定之級

俸，如有爭執，才得提起訴願及行政訴訟，本案已依照新解釋規定，提起訴願、再訴願及行政訴訟，均被一一駁回，其理由又無法使人信服，表面上雖已有了投訴救濟管道，實際上仍是聊備一格，無助於問題解決，難怪行政法院素有駁回法院之謔稱，絕非浪得虛名。

2. 考試院銓敘部辦理後備軍人轉任公職之銓審案，以軍階中校轉任公職為例，同樣的資格條件，不同的人，銓審結果居然可以從一至九職等都是合格實授，這就是銓敘部「依法行政」的真義，富有彈性，未免離了譜，豈不滑天下之大稽？當事人轉任公務人員職務時，為了生活，為了工作，高資低用本非所願，不得已也，該院不察，不依法給予「比敘相當俸給」之優待權益，為何再次設限，存心再剝削其身分地位、薪資財產應得權益，使其間的差別待遇，竟有天淵之別？是優待？是懲罰？而各機關用人的標準在那？是什麼？銓敘部都不知道，敢攤在陽光下嗎？真是天曉得。

(二) 聲請人對本案所持之立場與見解：

1. 該條例施行細則第十條第二項「高資可以低用，但不得超過該職等本俸最高俸級」之規定，對當事人說來，無法享受同條第一項比敘之優待，已萬分無奈，高資低用絕非學識、能力、品德之不足問題，考試院訂定此項不得超過該職等本俸最高俸級之限制，無異的是對其懲罰、再次剝奪，甚至使許多人喪失機會享受該條例之良法美意，關鍵均在此違法、違憲之爭議點，長期操生殺予奪之權，棄立法目的、立法精神於不顧所致。
2. 公務人員俸給法第二條「俸級係指各官等、職等本俸及年功俸所分之級次」，第九條「轉任行政機關性質程度相當職務時，得依規定核計加級至其職務等級最高為止」，可知提敘、比敘絕非如該條例施行細則第十條第二項「但不得超過該職等本俸最高俸級」之特別限制，顯然此法規命令，亦已抵觸公

務人員俸給法，難道後備軍人轉任公務人員時，就該受此特別法特別歧視，特別不合理之待遇。

3. 後備軍人轉任公務人員時，依照公務人員任用法之規定，通常由各機關自行遴用考試及格人員之規定方式進行，但因機關職缺有限，僧多粥少，求之者眾，該條例雖也有「應優先任用後備軍人」之規定，但均形同具文，僅被選擇性引用，所憑恃的完全是人事、人情、特權、利害等之錯綜複雜關係，用人無一定章法與標準，不公在所難免，考試院訂定此條例，不良的制度設計，只求為特權者服務，無異的為虎作倀，更加助長社會惡質化風氣。
4. 同樣具有乙等特考及格資格、五年中校年資的後備軍人，於轉任公職時，有特權人事關係者，馬上可派任九職等職務，銓敘部依該條例施行細則第十條第一項第四款銓審為九職等本俸五級合格實授，而無關係者，轉任公職惟自求多福，看造化了，為了怕失業坐吃山空，一職等職務，高資低用，在所不辭，政府的保障就是如此，能如何呢？銓敘部就依該條例施行細則第十條第二項銓審為一職等本俸七級合格實授，兩者之差異，社會身分地位、精神價值暫且不論，薪資所得相差兩倍多，這是用人惟才結果？是後者的無能？無才？還是制度吭人，這都不涉及憲法保障人民之平等權、受益權、服公職等等權利？
5. 疑義內容，駁回理由稱「上述規定，係考試院依後備軍人轉任公職考試比敘條例第六條之授權所訂定，並函送立法院有案，此項委任立法具有補充母法之效力，自難謂其違法」，程序上固然合法，實質內容呢？該疑義點設定之限制條件、生效時間，已完全悖離法治主義之基本原理，法律優越與法律保留原則，軍人行業、任務特殊，本需特別法加以規範與保障，現非因其個人學經歷資格、能力等條件不符合機關用人之規定，而是政府機

關未依法優先任用，給予適當職位的關係，考試院的委任立法就可剝奪其法律賦予應享之權益，豈不讓人納悶不解。

6. 聲請人以同機關之同事胡○振銓審案為例，提出質疑，駁回理由稱「調升情形不同，自難援引比照」，事實上，兩人皆是民國七十六年一月十六日以前，轉任公職之後備軍人，不同的僅是胡員參加公務人員高、普考試，取得高、普考試及格資格，而聲請人參加國防特種考試、退除役特種考試，均取得乙等考試及格資格任用，考試及格資格，僅是公務人員任用法上任用資格之條件，乙等考試及格資格相當於高考及格，許多法上所明載，而結果胡員可以提敘，聲請人無法銓審，給予比敘，提起訴願、訴訟，結論皆是所起訴之意旨，難認有理，應予駁回，這就是終局判決，司法正義在哪？不信公道喚不回。

#### 四、關係文件之名稱及件數：

- (一)八十二年十一月十日訴願書影本乙份。
- (二)銓敘部（八二）台銓華訴字第一九七號訴願決定書影本乙份。
- (三)八十二年十二月二十四日再訴願書影本乙份。
- (四)考試院（八三）考台訴字第○二一號再訴願決定書影本乙份。
- (五)八十三年四月六日行政訴訟書狀影本乙份。
- (六)行政法院八十三年度判字第一一一五號判決正本乙份。

聲請人：鄒○洽

中 華 民 國 八 十 三 年 十 月 四 日

附件六：

行政法院判決

八十三年度判字第一一一五號

原 告 鄒○洽（住略）

被 告 銓敘部

上當事人間因任用事件，原告不服考試院中華民國八十三年三月十日（八三）考台訴決字第0二一號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告於民國六十八年一月一日晉任陸軍砲兵中校，民國六十九年八月三十一日軍職退伍，民國六十九年九月二十四日以國防特考乙等考試及格資格初任公職，經送審銓審為五等五級合格實授，民國八十二年八月二十八日奉調派股長職（七至八等），送審後被告僅銓審為六等合格實授，准予權理七等，原告軍職年資，被告未依「後備軍人轉任公職考試比敘條例」給予比敘優待，經申請復審，提起訴願、再訴願，均一再被駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨於次：原告起訴意旨略謂：一、駁回理由之一，指原告調升股長，係屬公務人員間之調升，非屬後備軍人之轉任，所以未准予比敘，並無違誤；事實上，「後備軍人轉任公職考試比敘條例」自民國五十六年六月二十二日總統公布以來，後備軍人轉任公職時，可完全依照軍職年資，享受比敘優待者，除了特殊的少數，非得有「權」、「錢」莫辦，軍階中校以下，轉任公職時，法律毫無保障，完全屬叢林法則，講的全是人事、人情利害關係，高階低用，是極普遍、正常的現象，人事主管機關，知之甚稔，反正爾後再依個人職務調升，辦理比敘提敘彌補，銓審慣例一向如此，如今被告怎可濫權從新、從嚴解釋本案為僅屬公務人員間之調升？二、駁回理由之二，指南投縣政府薦任一般民政職系課員胡○振之銓審案，與本案案情不同，自難援引比照；事實上，兩人皆是民國七十六年一月十六日以前，轉任公職之後備軍人，不同的僅是胡員參加民國七十九年全國性公務人員高等考試，取得考試及格資格，而考試及格資格，僅是公務人員任用法上任用資格之一，難道如此，就可改變民國七十六年一月十六日以前轉任公職後備軍人之事實？可重新適用新法規定，給予提敘，若然，公務人員任用法上任用資格尚有銓敘合格、考績升等兩項之規定，那原告為何不能

以民國七十六年一月十日六以後，取得之該項文件，辦理銓審，給予比敘呢？公平、正義之理何在？三、駁回理由之三，銓敘部駁回理由稱「上述規定，係考試院依後備軍人轉任公職考試比敘條例第六條之授權所訂定，並函送立法院有案，此項委任立法具有補充母法之效力，自難謂其違法」，形式要件固然合法，實質內容是否已侵害到憲法第七條保障中華民國人民在法律上一律平等之權，同樣的後備軍人轉任公職適用比敘條例法律，為何民國七十七年一月十一日新修正施行細則發布以前，轉任公職之後備軍人可依舊法辦理比敘，民國七十六年一月十六日以後轉任公職之後備軍人亦可依新法辦理比敘，獨以前這一群高階低用者，不再有法律可適用，公平、合理嗎？四、再論駁回理由之三，查民國五十六年六月二十二日總統令公布之「後備軍人轉任公職考試比敘條例」第五條第一項第二款規定：「後備軍人取得公務人員任用資格者，按其軍職年資，比敘相當俸給。」原實施多年之施行細則，也從來未限制後備軍人轉任公職之適用，如今銓敘部強制限制後備軍人轉任公職之適用，還辯稱新修正施行細則第十條第五項規定係委任立法具有補充母法之效力，自難謂其違法，程序固然合法，但實質內容就可任意所為，置立法目的於不顧，子法可超越母法？命令可抵觸法律嗎？依憲法第一百七十二條規定：「命令與憲法或法律抵觸者無效。」五、考試院民國七十七年一月十一日新修正發布後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則第十條條文，如以中央法規標準法來加以檢驗，修法作業確實符合該法第二十條第一項第二款規定：「因有關法規之修正或廢止而配合修正者。」新修正施行細則第十條並增訂第五項規定，完全是配合民國七十六年一月十六日公務人員任用、俸給法之施行而作修正，由實質內容查軍職年資比敘規定，修正前後均相同，可見一斑，但執法時，銓敘部卻惡意曲解法令，顯然違反了中央法規標準法第十八條規定：「但舊法規有利於當事人而新法規未廢除或禁止所聲請之事項者，適用舊法規。」等語。

被告答辯意旨略謂：一、原告應六十六年特種考試國防部行政及技術人員乙等人事行政人員考試及格，曾任軍職中校（六十八年元月至六十九年八月）年資一年餘，其於六十九年九月轉任南投縣政府人事室

五等人事行政五級職科員，七十年九月調任該縣政府五等經建行政五級職技士，分別經被告及前台灣省委任職公務員銓敘委託審查委員會審定合格實授，核敘第五職等本俸五階三七〇俸點，歷至七十八年考績晉級委任第五職等年功俸四級四三〇俸點。七十九年十二月調升該縣政府薦任第六職等經建行政職系課員，八十年二月復任該縣政府薦任第六職等一般民政職系科員，亦均經被告審定合格實授。其後原告參加八十年考績考列乙等，八十一年考績考列甲等，晉敘薦任第六職等年功俸一級四六〇俸點。嗣於八十二年九月經調升該縣政府薦任第七職等至第八職等一般民政職系股長，以原告係於六十九年九月轉任公職，依後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則第十條第五項規定無法依同條第一項第四款規定，以其中校軍職逕予比敘薦任第八職等，又因原告任職已敘至薦任第六職等年功俸級，超過本俸最高級，故其中校年資亦無法再行提敘俸級，經被告依原告原敘俸級，審定為准予權理，核敘薦任第六職等年功俸一級四六〇俸點。嗣原告請准依考試院六十九年十二月十一日修正發布之後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則第十條第一項第二款第四目「中校具有薦任或分類職位公務人員第八職等、第九職等任用資格者，轉任薦任或第八職等、第九職等職務」之規定，予以審定為薦任第八職等合格實授，經由南投縣政府於八十二年九月二十七日向被告申請復審，經被告於八十二年十月十六日以八二台華甄四字第〇九一三〇四七號書函答復南投縣政府，略以原告並非於七十六年一月十六日新人事制度實施後始轉任公務人員，請求以其中校軍職逕予比敘薦任第八職等一節，格於法令規定，實難辦理。二、查考試院六十九年十二月十一日修正發布之後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則第十條第一項第二款規定：「在六十九年六月二十九日『陸海空軍軍官士官任官條例』公布日及以後任職由軍職轉任者為（四）中校具有薦任或分類職位公務人員第八職等、第九職等任用資格者，轉任薦任或第八職等、第九職等職務」暨同條第二項規定：「軍職年資，經任官有案者，轉任公務人員或分類職位公務人員相當職務時，均得依公務人員俸給法或分類職位公務人員俸給法規定，自起敘俸級（階）比敘，並得按每滿一年提高一級（階），但均不得超過擬任職務職等最高俸給（階）」

。」復查考試院七十七年元月十一日修正發布之同條例施行細則第十條第一項第四款及第五項規定「四、中校具有薦任任用資格者，轉任薦任第八職等、第九職等職務。本條規定限適用於民國七十六年元月十六日公務人員任用法、俸給法施行後之轉任人員。」本件原告係於六十九年九月轉任公職，八十二年九月自薦任第六職等科員調升南投縣政府薦任第七職等至第八職等一般民政職系股長，係屬公務人員間之調升，並非上開施行細則所稱之「轉任人員」，自不得適用上開規定，比敘為薦任第八職等，故應依公務人員任用法及俸給法規定辦理任用審查；又原告因任現職已敘至薦任第六職等年功俸級，亦無法再採計其中校年資提敘俸級，故被告依原告原敘俸級，審定為準予權理，核敘薦任第六職等年功俸一級四六〇俸點，於法並無違誤。又原告任現職八十三年一月一日考績升等案亦經被告審定：合格實授，核敘薦任第七職等本俸五級四七五俸點，亦已達本俸最高級，故其中校年資原告自無法提敘俸級，合併敘明。三、至原告所舉南投縣政府胡〇振任用案，經查該員係參加六十九年全國性公務人員普通考試及格，於七十五年六月轉任屏東縣政府辦事員，嗣調任台灣省政府農林廳辦事員、南投縣政府辦事員、科員，復於八十二年二月二十日調升薦任第六職等一般民政職系課員，經依其所具七十九年全國性公務人員高等考試及格資格，依法得敘薦任第六職等本俸一般，因未超過該職等本俸最高級俸級，故再採其曾任軍職上尉以上相當薦任年資四年提敘俸給四級，核敘薦任第六職等本俸五級四四五俸點，與本件有別，自難援引比照。四、又依後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則第十條規定，軍職年資之比敘有其資格條件限制（如時間之限制、不得超過轉任職等本俸最高俸級等），原告所具軍職年資因不合比敘規定，於起訴書狀理由三稱上開施行細則實質內容已侵害到憲法第七條保障中華民國人民在法律上一律平等之權一節，純屬個人之見解，顯不足採。又上開施行細則為委任立法，具有補充母法之效力乃原告所不爭，考試院為明示適用之時間，乃有第五項之增列，故並無原告所稱子法超越母法，命令牴觸法律之情事。五、綜上所述，考試院八三考台訴決字第〇二一號再訴願決定，於法並無不合，爰依行政訴訟法第十六條規定，提出答辯如上，並請駁回原告之訴等語。

## 理 由

按民國八十三年二月二十五日公布之司法院大法官會議議決釋字第三三八號解釋：「主管機關對公務人員任用資格審查，認為不合格或降低原擬任之官等者，於其憲法所保障服公職之權利有重大影響，公務員如有不服，得依法提起訴願及行政訴訟，業經本院釋字第三二三號解釋釋示在案。其對審定之級俸如有爭執，依同一意旨，自亦得提起訴願及行政訴訟。行政法院五十七年判字第四一四號及五十九年判字第四〇〇號判例應不再援用。本院上開解釋，應予補充。」本案係原告不服銓敘部就其任用案所為之審定，依上開解釋意旨，自得提起訴願、再訴願及行政訴訟，合先敘明。復按考試院六十九年十二月十一日修正發布之後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則第十條第一項第二款規定：「在六十九年六月二十九日『陸海空軍軍官士官任官條例』公布日及以後任職由軍職轉任者為（四）中校具有薦任或分類職位公務人員第八職等、第九職等任用資格者，轉任薦任或第八職等、第九職等職務」暨同條第二項規定：「軍職年資，經任官有案者，轉任公務人員或分類職位公務人員相當職務時，均得依公務人員俸給法或分類職位公務人員俸給法規定，自起敘俸級（階）比敘，並得按每滿一年提高一級（階），但均不得超過擬任職務職等最高俸級（階）」另按考試院七十七年元月十一日修正發布之同條例施行細則第十條規定「四、中校具有薦任任用資格者，轉任薦任第八職等、第九職等職務。本條規定限適用於民國七十六年元月十六日公務人員任用法、俸給法施行後之轉任人員。」卷查：本件原告參加民國六十六年特種考試國防部行政及技術人員乙等人事行政人員考試及格，曾任軍職中校（民國六十八年元月至六十九年八月）年資一年餘，其於六十九年九月轉任南投縣政府人事室五等人事行政五級職科員，七十年九月調任該縣政府五等經建行政五級職技士，均經前台灣省委任職公務員銓敘委託審查委員會審定合格實授，核敘第五職等本俸五階三七〇俸點，歷至七十八年考績晉級委任第五職等年功俸四級四三〇俸點。七十九年十二月調升該縣政府薦任第六職等經建行政職系課員，八十年二月復調任該縣政府薦任第六職等一般民政職系科員，亦均經被告審定合格實授。其後原告參加八十年考績考列

乙等，八十一年考績考列甲等，晉敘薦任第六職等年功俸一級四六〇俸點。嗣於八十二年九月經調升該縣政府薦任第七職等至第八職等一般民政職系股長職務，案經送請被告審查。被告以原告係於六十九年九月轉任公職，無法依本院七十七年一月十一日修正發布之後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則第十條第一項第四款規定，以其中校軍職逕予比敘薦任第八職等，又因原告任職已敘至薦任第六職等年功俸級，超過本俸最高級，故其中校年資亦無法再行提敘俸級，乃依原告原敘俸級，審定為準予權理，核敘薦任第六職等年功俸一級四六〇俸點。揆諸首揭規定，洵無違誤。原告訴稱：依行政院六十九年十二月十一日修正發布之後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則第十條第一項第二款第四目「中校具有薦任或分類職位公務人員第八職等、第九職等任用資格者，轉任薦任或第八職等、第九職等職務」之規定，原告應審定為薦任第八職等合格實授，被告濫權從新從嚴解釋本案為公務人員之調升，應依考試院七十七年一月十一日新修正後備軍人轉任公職比敘條例施行細則第十條第五項規定，七十六年一月十六日以後轉任公職之後備軍人方可依新法辦理比敘，有違憲法第七條、第一百七十二條及中央法規標準法第十八條之規定，與另案胡〇振之審定結果不同，顯違公平、正義與合理云云。然查：考試院七十七年一月十一日新修正後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則第十條第五項規定，係依後備軍人轉任公職考試比敘條例第六條之授權所訂定之委任立法，函送立法院核備在案，此項委任立法有補充母法之效力，其既明定七十六年一月十六日以後轉任公職之後備軍人方可依新法辦理比敘。自含有廢除、禁止七十六年一月十六日以前轉任公職之後備軍人依新法辦理比敘之規定意旨，原告既係七十六年一月十六日以前之六十九年九月轉任公職，被告禁止其依新法辦理比敘，自無違反中央法規標準法第十八條規定之情形，而原告自承此次修正，係依中央法規標準法第二十條第一項第二項「因有關法規之修正或廢止而配合修正者」之規定，完全是配合七十六年一月十六日公務人員任用、俸給法之施行而修正，則該項修正，實無違背憲法第七條、第一百七十二條規定之情事，原告所訴，委無足取。又另案後備軍人胡〇振任用案，係因胡〇振參加六十九年全國性公務人員普通考試及七十

九年全國性公務人員高等考試及格，及上尉四年年資提敘俸級，核敘為薦任第六職等本俸五級四四五俸點。與原告未取得全國性公務人員高普考試及格之純為公務人員之調升情形不同，自難援引比照，亦無違背公平、正義與合理之情形。從而原告所訴各節，均不足採。一再訴願決定，遞予維持原處分，均無不合，原告起訴意旨，難認有理，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 三 年 五 月 二 十 四 日  
(本聲請書其餘附件略)

## 司法院釋字第四一三號解釋

中華民國 85 年 9 月 20 日

院台大二字第 18890 號

### 解 釋 文

非中華民國境內居住之個人，經依華僑回國投資條例或外國人投資條例核准在中華民國境內投資，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一定課稅年度內在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天時，其自該事業所分配之股利，即有獎勵投資條例（現已失效）第十六條第一項第一款及促進產業升級條例第十一條第一項之適用，按所定稅率就源扣繳，不適用所得稅法結算申報之規定，此觀獎勵投資條例第十七條及促進產業升級條例第十一條第二項之規定甚明。行政院六十三年判字第六七三號判例：「所得稅法第二條第二項及獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之（一）所稱就源扣繳，係指非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅」，增列無配偶居住國內之情形，添加法律所無之限制，有違憲法所定租稅法律主義之本旨，應不予適用。

### 解釋理由書

獎勵投資條例（已於中華民國七十九年十二月三十一日失效）及促進產業升級條例之立法目的，在獎勵興辦生產事業，加速國家經濟發展。上開條例所定稅率就源扣繳之規定，優先於所得稅法有關結算申報規定之適用，其依華僑回國投資條例及外國人投資條例經核准在國內投資之人亦適用此一規定者，原在藉此減輕投資人之稅負，提升華僑及外國人投資之意願，以吸收國外資本之方法達成立法之目的。是獎勵投資條例及促進產業升級條例有關所得稅部分，乃所得稅法之特別法，因投資而受獎勵之人民其繳納義務，自應適用上開條例有關減輕稅負之規定（參照本院釋字第一九五號解釋）。

憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務，係指人民祇有依法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及稅捐減免等項目而負繳納義務或享受優惠，舉凡應以法律明定之租稅項目，自不得以命令取代法律或作違背法律之規定，迭經本院釋字第二一七號、第三六七號及第三八五號等著有解釋。判例當然亦不得超越法律所定稅目、稅率、稅捐減免或優惠等項目之外，增加法律所無之規定，並加重人民之稅負，否則即有違憲法上之租稅法律主義。

依七十六年一月二十六日修正公布之獎勵投資條例第十六條第一項第一款：「依華僑回國投資條例或外國人投資條例申請投資經核准者，其應納之所得稅，由所得稅法規定之扣繳義務人於給付時，按給付額或應分配額扣繳百分之二十」，又同條例第十七條：「非中華民國境內居住之個人，經依華僑回國投資條例或外國人投資條例核准在中華民國境內投資，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度內在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天時，其自該事業所分配之股利，得適用前條第一項第一款之規定」，促進產業升級條例第十一條之規定亦同。是凡符合上開規定之情形者，即有前述所定稅率就源扣繳之適用，不再援引所得稅法結算申報之規定，方符上開條例立法之本意及特別法優於普通法之原理。獎勵投資條例第十七條僅稱非中華民國境內居住之個人，並未附加配偶之居住條件，乃行政院六十三年判字第六七三號判例謂：「所得稅法第二條第二項及獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之（一）所稱就源扣繳，係指非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅」，增列無配偶居住國內之情形，添加法律所無之限制，與憲法上租稅法律主義自屬有違，與本解釋意旨不符，應不予適用。至納稅義務人或其配偶是否得因其一方在中華民國境內有住所或有其他情事，而應認定納稅義務人或其配偶不合「非中華民國境內居住之個人」之要件，非獎勵投資條例或促進產業升級條例適用之對象者，應依所得稅法第十五條規定，合併申報其所得，則係另一認定事實適用

法律問題，不在本解釋之列。

聲請意旨又泛指民法第一千零零二條：「妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所。但約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所者，從其約定」，違反憲法第七條男女平等之規定部分，並未具體指陳前述民法規定在客觀上有如何牴觸憲法之疑義，亦不在本件受理解釋範圍，併此說明。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 董翔飛  
楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

部分不同意見書 大法官 蘇俊雄

憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務。舉凡納稅之主體、稅目、稅率，納稅方法、稅捐減免及享受優惠等項目，均應以法律明定，不得以命令取代或作違背法律之規定，方符憲法上的「租稅法律主義」。準此，判例亦不得在法律所定之稅目、稅率、稅捐減免或優惠外，另增加法律所無之限定，致加重人民之稅負。此項租稅法律主義的法理見解，是多數通過之解釋的主要論據，可資贊同。惟本件系爭之行政院六十三年判字第六七三號判例是就配偶之一方為中華民國境內居住之個人，其按華僑回國投資條例在國內投資者，是否應適用獎勵投資條例第十七條所謂「非中華民國境內居住之個人」，就其所投資事業分配之股利，按所定稅率就源扣繳，抑或依所得稅法第七條「中華民國境內居住之個人」之概念，解釋適用所得稅法第十五條合併申報課稅規定之問題所為的闡釋。此項判例見解，究屬既存法律規範概念之適用問題，抑或已違背法規。對納稅主體增加法律所為之限制？應有澄清之必要。多數通過的解釋文，除就獎勵投資條例的政策目的及租稅法律主義之原則予以論述外，並未指出系爭判例究竟創設何等法律所無之納稅構成要件，或超越何等「合憲解釋」應行把守之界限，即直接將「判例」之闡釋見解，視為新增加之法令，而加以違憲之論斷，此毋寧有速斷之虞。爰提出部分不同意見書，敘述

理由如下：

一、憲法第八十條規定法官依據法律獨立審判之原則。其所謂「依據法律者」，憲法並未設一定法規形式之限制。法官為行使憲法所賦予之獨立審判職權，負有在憲法秩序之下「發現法律」的任務。因此，法院以法律為審判的主要依據，並非指除形式法律以外，與憲法或法律不相牴觸的有效規章，均行排斥而不用。司法院釋字第三十八號解釋意旨甚明。

就此而言，法院於裁判時所適用之法令，並不以由立法機關所制定或行政機關依據授權所訂定之法令為限；司法機關依憲法規定所為之解釋、統一解釋、乃至於實務上形成的判例制度等，均有依其規範之內容而具有一定的規範效力。其中法院之判例對於司法職權的具體行使，包括規範之解釋、證據調查之權衡、適用法律之「合理性」（Sachgemaessheit）與「正當性」（Richtigkeit）的判斷等問題，雖無必然之拘束力，但仍不失為有相當的任意性規範效力，而容許於法官職權範圍之內，以之作為認事用法或裁量上的重要依據。其經法院具體採為判決之重要依據者，比較立法例上則有如德國聯邦憲法法院組織法第三十一條，明文規定得為「合憲解釋（Verfassungskonforme Auslegung）」的對象。蓋本諸法理上「解釋自由」的原則，司法判例之形成，除系爭判例顯有違憲，具其程度顯而易見者外，若該判例可做多種解釋時，縱然其中有可能超越合憲界限，但亦有可能合憲時，仍應以合憲之解釋為原則，而宣示該判例合憲應備之條件或範圍，以做為判斷違憲部分之論據。（註一）

多數通過的解釋文，就系爭判例對獎勵投資條例所稱「非中華民國境內居住之個人」，所為概念解釋與推論的合憲性問題，直接以有違法規文義為理由，而加以違憲之認定。並未明確指出其合憲解釋與推論的條件與界限，即遽認其增列了「無配偶居住國內」之要件，而添加法律所無之限制。此種立論方式無非直接將「判例」視同法規，而無視於法官依法獨立審判，乃其適用法律之解釋與推論的權能。此在法理上毋寧將導致立法者與司法者對「發現法律」與探求規範概念時的角色混淆，亦有違上揭就判

例之「規範審查」的法則。

- 二、查獎勵投資條例（已失效）及促進產業升級條例有關所得稅部分，乃所得稅法之特別法；因投資而合乎受獎勵之人民的納稅義務，自應優先適用獎勵投資條例（已失效）及促進產業升級條例的有關規定。此項多數通過之解釋理由書見解，固可贊同；惟所得稅法中的相關規範概念，在特別法中若無明確加以排除適用者，法理上並不當然限制法官以之做為解釋法律或闡釋法律概念之基礎。

所得稅法第七條第二項及第三項對「中華民國境內居住之個人」與「非中華民國境內居住之個人」，分別設有概念之規定；惟因所得稅採夫妻合併申報制度，故如配偶之一方在中華民國境內有住所並經常居住中華民國境內者，則其另一方縱令居住國外，惟若其在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者，仍應由其配偶依所得稅法第七十一條規定，合併辦理結算申報納稅（所得稅法第七十一條之一第二項）。準此，除合乎依法就源扣繳並分離課稅及合於免申報所得之規定外，配偶之一方在中華民國境內居住者，他方縱居住國外，其在國內之所得仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報。不過在配偶之一方為中華民國境內居住之個人，而其中一人以華僑之身分在國內投資之情形，是否可以直接援引獎勵投資條例或促進產業升級條例之規定，而認為應予免除其在國內之所得合併申報義務或應予以分離課稅？則存有法律適用上的疑義，亦即獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之一所稱分別就源扣繳的要件，在概念上發生有是否應排除所得稅法夫妻合併申報義務的解釋問題。

系爭之行政法院六十三年判字第六七三號判例就此問題認為：「若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅。」其意旨乃在闡釋夫妻合併申報的義務範圍，並未創設法律所無之課稅義務的「構成要件」。然其按獎勵投資條例或促進產業升級條例，另外依法分別就源扣繳稅款，而已合法分離課稅完畢之部分，是否仍應合併申報而依累進稅率再行課

稅？該項判例之意旨有欠明確，易滋誤解，且與上開獎勵投資條例及促進產業升級條例之立法政策，有所不符。惟此乃合憲解釋的界限問題，應未直接發生牴觸憲法上租稅法定主義的問題。爰提部分解釋原則不同意見如上。

註一：德國憲法法院判決 BVerfGE. 40, 88.

### 不同意見書 大法官 林永謀

- 一、我國現行個人所得稅制，原則上係採累進稅制，即依累進稅率課稅；惟為政策上特定之目的，例外情形則依比例稅率課稅，是為分離課稅。又稅款之徵收，為求簡便，用以減少稽徵成本，乃有「就源扣繳」之規定。至個人所得稅已「就源扣繳」完畢之後，納稅義務人是否仍應由其本人或依法規定之人辦理結算申報，則端視法律規定之如何而定，不能一概而論。依法律規定，同一課稅年度內，短期票券利息所得之扣繳稅款（所得稅法第七十一條第一項但書、第十四條第一項第四類第三款）、政府舉辦之獎券中獎獎金所得之扣繳稅款（所得稅法第十四條第一項第八類第三款）與非中華民國境內居住之個人依華僑回國投資條例或外國人投資條例申請投資經核准者，其取得中華民國境內之公司所分配股利或合夥人應分配盈餘之扣繳稅款（促進產業升級條例第十一條、已失效之獎勵投資條例第十六條第一項），以及納稅義務人配偶之薪資所得之扣繳稅款（所得稅法第十五條第二項）暨土地交易所得所繳交之土地增值稅款（土地稅法第五條、平均地權條例第三十八條）等均屬於前者，既經扣繳之後，即毋庸就各該部分，再辦理結算申報；其餘所得之扣繳稅款，（所得稅法第八十八條）既係稅款之預先暫繳性質，自仍應依規定辦理結算申報；亦即同一課稅年度之住居者，除其全年綜合所得總額不超過當年度規定之免稅額及標準扣除額之合計數者得免辦結算申報者外，依規定仍應填具申報書向該管稽徵機關申報其上一年度內構成綜合所得總額，並依累進稅率課稅（所得稅法第七十一條第一項第二項）；同一課稅年度之非住居者，除其合於分離課稅之規定者就該部分免辦結算申報外，就已就源扣繳稅款之所得，及未就源

扣繳稅款未分離課稅之所得，仍應依其所得之種類，分別按各該類規定稅率，依各該規定之比例稅率課稅（所得稅法第七十三條）。又除合乎已就源扣繳並分離課稅規定及合於免申報所得之規定者外，應申報個人所得淨額者，其「課稅單位」，依所得稅法第十五條，係採夫妻合併申報制度，即納稅義務人之配偶有各類所得者，應由納稅義務人合併申報，依累進稅率課稅。從而，中華民國境內居住之個人，於年度中廢止中華民國境內之住所或居所離境者，應於離境前就該年度之所得辦理結算申報納稅。但其配偶如為中華民國境內居住之個人，仍繼續居住中華民國境內者，應由其配偶依所得稅法第七十一條規定，合併辦理結算申報納稅（所得稅法第七十一之一第二項）。申言之，同一課稅年度內配偶如為中華民國境內居住之個人，則縱令配偶之一方居住國外，其在國內之所得，原則上仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅，而祇有在合於分離課稅之例外情形下，始得就該部分所得「分離課稅」。

- 二、獎勵投資條例第十七條、促進產業升級條例第十一條第二項規定，非中華民國境內居住之個人，而有中華民國境內公司所分配之股利所得者，得按百分之二十稅率就源扣繳稅款，不適用所得稅法結算申報之規定。依此法條之所示，其主張就源扣繳者，應以「非中華民國境內居住之個人」而有中華民國境內之所得為前提（所得稅法第二條第二項之規定亦同），若係「中華民國境內居住之個人」則仍應依一般情形，適用所得稅法結算申報之規定。至於「中華民國境內居住之個人」與「非中華民國境內居住之個人」兩者究應如何界定，獎勵投資條例及促進產業升級條例本身均無明文，僅於獎勵投資條例第十七條及促進產業升級條例第十一條定明依各該條例投資之非中華民國境內居住之個人，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度內，在中華民國居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天時，其自該事業所分配之股利，仍得適用獎勵投資條例第十六條第一項第一款或促進產業升級條例第十一條第一項就源扣繳所得稅之規定，毋庸另

行結算申報。是就此而言，固應優先援用獎勵投資條例或促進產業升級條例之超過一百八十三天之居留亦得適用就源扣繳方式納稅；惟所稱非中華民國境內居住之個人，究何所指？各該條例既無明文，當應依所得稅法第七條規定，視其在我國境內有無住所及其居留期間之客觀事實予以認定，亦即應視其在中華民國境內有無住所，及是否經常居住中華民國境內者而定。至有關住所之認定，則應參酌民法第二十條及第一千零零二條有關住所之規定予以判定，而其是否經常居住則屬事實認定問題。

- 三、本件行為時所得稅法第七條第二項規定：「本法稱中華民國境內居住之個人，指下列二種：（一）在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者。（二）在中華民國境內無住所，而於一課稅年度內在中華民國境內居留合計滿一百八十三天者」。另同法第七條第三項規定：「本法稱非中華民國境內居住之個人，係指前項規定以外之個人」。依此，是否為中華民國境內居住之個人？顯均與該個人在中華民國境內是否有「住所」至有關係。而如何決定住所之標準？民法第二十條：「依一定事實，足認以久住之意思，住於一定之地域者，即為設定其住所於該地。」故認定住所需有二項要件（參看施啟揚院長著，民法總則，頁一〇五、一〇六、八十五年四月增訂七版）：（一）久住的意思應「依一定事實」探求並認定之，此乃主觀的要件。所謂「一定事實」，包括戶籍登記、居住情形、家屬概況及在當地工作等事實，尤以戶籍登記資料為主要依據。（二）居住的事實此乃客觀的要件。居住於一定的地域並不毫無間斷，從未離開為必要。又民法第一千零零二條：「妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所。但約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所者，從其約定」，按此乃法定住所之規定，亦即倘無但書之約定，妻之住所當應隨夫定其住所之所在，且配偶間只能有單一住所，不得各設住所，則配偶之一方在國內有住所，為中華民國之納稅義務人時，他方縱居住國外，若仍經常居住國內者，其在國內之所得亦無成為「非中華民國境內居住之個人」之可能。所得稅法之課稅單位有如前述，依所得稅法第十五條之規定，我國既

採夫妻合併申報制度，從而應申報所得稅者之配偶有中華民國來源所得者，自應由該申報者之納稅義務人合併報繳；而獎勵投資條例、促進產業升級條例及所得稅法所設「就源扣繳」制度，其適用，復以「非中華民國境內居住之個人」為前提，是以行政院六十三年判字第六七三號判例前段謂：「所得稅法第二條第二項及獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之一所稱就源扣繳，係以其非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言」云云，合乎上揭稅法及民法之規定，要無違法違憲之可言。

- 四、所得稅法係規定國家對於人民課徵所得稅之法律，依同法第二條第一項及第七十一條規定，凡中華民國境內居住之個人，均應就其全年綜合所得或營利事業所得，辦理結算申報，亦如前述。又同法第七條第二項第一款及第二款規定，乃以納稅義務人在中華民國境內有無住所為標準，分別就「中華民國境內居住之個人」所設定義，兩款情形不同，不容彼此混淆，亦經本院以釋字第一九八號解釋並於理由書說明甚詳在案；而租稅法上之住所、居所，較諸民法更注重客觀主義，期以防止規避合併申報累進課稅。個人綜合所得稅之課徵，依所得稅法第二條、第七條、第十五條第一項、第七十一條、第七十一條之一、第七十二條及第七十三條之規定意旨，除土地交易所得稅，依土地稅法第五條、平均地權條例第三十八條自成稅目，課徵土地增值稅，以及納稅義務人之配偶，依所得稅法第十五條第二項規定，得就其薪資所得分開計算稅額，與夫首開說明之短期票券利息所得、政府舉辦之獎券獎金所得、非中華民國境內居住之個人依華僑回國投資條例或外國人投資條例申請投資，依法請准投資事宜分配之盈餘所得，係採所得稅制之分離課稅外，其餘尚無所得稅分離課稅之法律依據。中華民國境內居住之個人而誤依獎勵投資條例第十六條第一項、促進產業升級條例第十一條予以「就源扣繳」，以及依所得稅法第八十八條至第九十七條所為之「就源扣繳」，乃所得稅稅款依規定提前繳納，係屬稅務行政上手續簡便原則及最少徵收成本原則運用之技術上規定，即令已依各該條項「就源扣

繳」，由給付者於其給付之際，依規定之扣繳率或扣繳辦法扣取稅款，並以之逕向政府繳納其代扣之稅款完畢，除法律別有規定得免申報當年度綜合所得總額者外，依所得稅法第十三條、第十一條第一項前段、第七十三條第一項之規定，納稅義務人仍應依法填具結算申報書，向該管稽徵機關申報其當年度綜合所得總額，以及有關減免、扣除之事實，並應依其全年應納稅額減除暫繳稅額，計算其應納之結算稅額，依法繳納個人綜合所得稅。此乃因個人之綜合所得稅，除上開「分離課稅」者外，並非以該年度之總收入對之課稅，而係以該年度之總所得金額，扣除免稅額、寬減額及扣除額後之綜合所得淨額計徵（所得稅法第十三條）之當然結果。依法律規定，應申報個人綜合所得淨額者，其「課稅單位」，依所得稅法第十五條，係採夫妻合併申報制度，即納稅義務人之配偶有各類所得者，應由納稅義務人合併申報，亦即絕對禁止配偶間各自分開申報，以逃避累進稅率之適用，寓有平均社會財富之作用存焉。

- 五、配偶之一方如係中華民國境內居住之個人，依所得稅法第七十一條第一項規定，除有同條第二項規定，其全年綜合所得總額不超過規定之合計數，得免辦結算申報外，既應辦理結算申報，而個人綜合所得稅之申報，依上所述，係採夫妻合併申報制。因之，配偶之一方如係中華民國境內居住之個人，則他方縱令居住國外，若仍經常居住國內，其在國內之所得，自仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅，並不因其所得曾經依獎勵投資條例第十六條第一項或促進產業升級條例第十一條及所得稅法第八十八條至第九十七條規定，早經「就源扣繳」所得稅稅款完畢而有不同。亦不因獎勵投資條例第十七條，以及現行促進產業升級條例第十一條第二項：「非中華民國境內居住之個人 經依華僑回國投資條例 核准在中華民國境內投資，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度內在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天時，其自該事業所分配之股利，得適用前項（就源扣繳）之規定」，有異於所得稅法第七條第二項第二

款之規定而受影響。良以所得稅法第七條第二項第一款，既迄未修正，依本院釋字第一九八號解釋，依據所得稅法第七條第二項第一款，祇須納稅義務人在中華民國境內有住所，並有經常居住之事實，縱於一課稅年度內，經依華僑回國投資條例或外國人投資條例核准在中華民國境內投資並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，並因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度內在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天，亦應認其為「中華民國境內居住之個人」，自負有連同配偶一方之所得，合併申報之義務。前述行政法院判例，旨在釐清我國個人綜合所得稅制，依相關稅法之規定，係採夫妻合併申報制。且所得稅之依法「就源扣繳」提前徵稅，除法律另有特別規定寓有「分離課稅」之意者外，乃在杜絕所得稅款逃漏之技術規定，並非「分離課稅」，而民法第一千零零二條關於法定住所之規定，復如前述，一有配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，他方縱居住國外，若其經常居住國內，其在國內之所得，依規定自應一併辦理結算申報。易言之，對於配偶之一方居住國外，且未經常居住國內之非中華民國境內居住之個人，並未排除前述就源扣繳、分離課稅規定之適用，法理至明，應非無中生有，而就「無配偶居住國內之情形」另增設法律所無課稅權規定，核與憲法第十五條保障人民財產權及憲法第十九條租稅法律主義之規定本旨，均無何牴觸。至其理論敘述，因跳躍而脈絡稍欠清晰；遣詞用字，由於直言結論而過於簡略，則尚無礙於其立論本身之真確。

- 六、獎勵投資，固有利於經濟發展，惟仍應顧及國家之財政收入及平均社會財富之租稅目的。是獎勵投資之優惠範圍如何，自仍得由法律為合理之訂定。其非中華民國境內居住之個人，而有由中華民國境內之公司分配與股東之盈餘或合夥人應分配之盈餘所得者，依本件行為時獎勵投資條例第十六條第一項第一款及現行促進產業升級條例第十一條規定，其依華僑回國投資條例或外國人投資條例申請投資經核准者，其應納之所得稅，由所得稅法規定之扣繳義務人於給付時，按給付額或應分配額扣繳百分之二十。

此種「就源扣繳」稅款之規定，核與所得稅法第四章稽徵程序第四節（第八十八條至第九十七條）「扣繳」之規定相同，係屬所得稅之一部分提前課徵之規定，而非租稅減免之獎勵規定。申言之，「就源扣繳」之後，原則上仍應繼續結算申報，此徵諸所得稅法第四章稽徵程序第二節（第七十一條至第七十九條）「結算申報」之規定即明。因是，除法律別有規定寓有「分離課稅」之意者外，「就源扣繳」僅係所得稅結算申報制度為基礎所為對他人所得而為一時之預付而已，亦即「扣繳」不過是其結算申報過程中之一環，此觀之所得稅法第二條第二項、第七十三條規定自明。依現行法律並無納稅義務人得就「就源扣繳」與「結算申報」設選擇之規定，抑且「就源扣繳」與本於政策上之理由而採所得部分「分離課稅」之規定亦有不同，此衡以所得稅法第十五條第三項設有「納稅義務人之配偶得就其薪資所得分開計算稅額由納稅義務人合併報繳。」之規定尤屬明顯。上述行政法院判例就相關法律之規範性闡釋所獲得之「結論」，既合乎立法者對法所賦予之意義，復與法的本身客觀理解之意義相契合，可謂既具正當性，且又合於妥當性，乃可決多數誤將判例合法之概念上闡釋，謂係增列法律所無之限制，而有如解釋文之解釋，殊非妥洽，因提不同意見書如上。

### 不同意見書 大法官 施文森 城仲模

凡有中華民國來源所得之個人，應就中華民國來源所得，依所得稅法規定申報所得稅，此為現行所得稅法第二條所揭示之基本原則。除非法律另有特別規定，此一基本原則對於任何有中華民國來源所得之個人應一律有其適用。獎勵投資條例（六十九年十二月三十日修正公布，現已失效，並由促進產業升級條例所替代），係政府基於加速經濟發展之考量而制定之法律，以所得稅之減免作為提增華僑及外國人投資意願及吸引國外資本之誘因之一。獎勵投資條例第十七條規定：「非中華民國境內居住之個人，經依華僑回國投資條例或外國人投資條例核准在中華民國境內投資，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度內在中華

民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天時，其自該事業所分配之股利，得適用前條第一項第一款之規定」，即係就所得稅法所為之特別規定，對於非中華民國境內居住之個人，因在中華民國境內投資所分配之股利所得，得優先適用該條例，按同條例第十六條第一項第一款所規定之稅率就源扣繳（促進產業升級條例第十一條之規定意旨，亦同）。惟此項優惠稅率僅對具備法定要件之華僑及外國人有其適用，依所得稅法、獎勵投資條例、促進產業升級條例及民法有關規定，其要件為：

- (1)須非中華民國境內居住之個人，亦即於中華民國境內無住所之個人。至其住所是否係按民法第二十條抑或民法第一千零零二條規定而發生，要非所問。
- (2)須依華僑回國投資條例或外國人投資條例核准在中華民國境內投資從事同條例所規定之事業。
- (3)須未經常居住於中華民國境內。所謂「經常居住」，屬事實認定問題。

為使稅負公平，並防範租稅之逃漏，對於上開要件自應從嚴認定。因此，非在中華民國境內長年居住之個人，若依民法第一千零零二條規定而取得住所，並經常居住中華民國境內者，縱其所投資之事業係經主管機關依華僑回國投資條例或外國人投資條例核准，並為經營或管理投資事業需要，擔任該事業董事、監察人或經理人而不得不常駐者，其股利所得仍須依所得稅法規定申報所得稅，無前開就源扣繳了事之優惠稅率之適用。行政法院六十三年判字第六七三號判例：「所得稅法第二條第二項及獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之（一）所稱就源扣繳，係指非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅」，其表意確屬不多明晰，於援引時易導致所得稅法第十五條「納稅義務人之配偶 有前條各類所得者，應由納稅義務人合併申報課稅」規定之誤用（請參閱本院釋字第一九五號解釋），因而增加投資人之稅負，惟本判例對於有配偶居住於中華民國境內之華僑或外國人，因依民法第一千零零二條規定取

得住所，並經常居住中華民國境內者，仍有其適用，不因該華僑或外國人在其主觀意識上自以為常住國外或其常居國內係為經營或管理投資事業必要而不同其結果。（請參閱本院釋字第一九八號解釋）

本件以可決多數通過之解釋，一方面乃在租稅法律主義之大原則下，以該則判例添加法律所無之要件，為違憲之宣告；在另一方面又於解釋理由中指出：「至納稅義務人或其配偶是否得因其一方在中華民國境內有住所或其他情事，而應認定納稅義務人或其配偶不合『非中華民國境內居住之個人』之要件，非獎勵投資條例或促進產業升級條例適用之對象者，應依所得稅法第十五條規定，合併申報其所得，則係另一認定事實適用法律問題，不在本解釋之列」，對於聲請人所聲請解釋之爭議，未按所得稅法、獎勵投資條例、促進產業升級條例及憲法第十六條之本旨為明確之釐清，爰提出不同意見如上。

#### 抄彭O剛聲請書一

主 旨：為行政院八十二年度判字第二四九五號判決、八十二年度判字第一七八四號判決及八十二年度度判字第二0三六號判決等三項確定判決所適用之行政院六十三年度判字第六七三號判例牴觸憲法第十五條、第十九條及第二十三條疑義事，呈請解釋。

說 明：

依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及同法第八條之規定聲請釋憲，謹將有關事項敘明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的：

行政院六十三年判字第六七三號判例增加獎勵投資條例第十六條及第十七條所未規定之要件，牴觸憲法第十五條人民財產權之保障，第十九條人民依法納稅義務，以及第二十三條「法律保留原則」之精神，應不再援用，謹請鈞院大法官會議予以解釋，以維憲法保障人民權益之精神。

貳、疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文：

一、緣聲請人之配偶彭董O萍為香港華僑（證一），於七十

四年間為響應政府號召，全力參與華僑回國投資建國行列，依華僑回國投資條例規定專案申請，經經濟部投資審議委員會分別核准回國投資偉0運輸有限公司（以下簡稱偉0公司，證二）、貿0倉儲股份有限公司（以下簡稱貿0公司，證三）以及復0船舶工程股份有限公司（以下簡稱復0公司，證四），並依法擔任偉0公司、貿0公司及復0公司之副總經理職位（證五）。聲請人配偶彭董0萍回國投資所獲營利事業所得，聲請人分於七十六、七十七及七十八年度綜合所得稅結算申報時，依據行為時獎勵投資條例第十六條及第十七條，所得稅法第二條及第七條第二項暨第三項等條文之規定，自行列報為分離課稅營利所得，惟臺北市國稅局將聲請人自行列報之分離課稅營利所得，其中包括聲請人之配偶彭董0萍當年度營利所得部分，併入當年度聲請人綜合所得總額，另行核定聲請人之綜合所得淨額，課以綜合所得稅。其金額分別為：

- (一)七十六年度，聲請人原申報綜合所得總額為新臺幣八六、八八四、四九二元，淨額為三三、七八八、0四三元。臺北市國稅局將聲請人自行列報之分離課稅營利所得五二、六五八、0九六元，其中包括配偶彭董0萍取自偉0公司營利所得二0、九九九、九七0元、貿0公司營利所得一六、九四八、一二六元、復0公司營利所得二、一00、000元，共計四0、0四八、0九六元部分併入七十六年綜合所得總額，核定綜合所得淨額為八六、四四六、一三九元。
- (二)七十七年度，聲請人原申報綜合所得總額為新臺幣七六、八四七、二八六元，淨額為五三、九五七、四四四元。臺北市國稅局將聲請人自行列報之分離課稅營利所得二二、四八四、四一九元，其中包括聲請人配偶彭董0萍取自復0公司股利一、000、000元及貿0公司股利一一、二九八、七五0元，共計一

二、二九八、七五二元部分併入七十七年度綜合所得總額，核定綜合所得淨額為七六、四四一、八六三元。

(三)七十八年度，聲請人原申報綜合所得總額為新臺幣一五六、九二九、六三〇元，淨額為八三、九二一、五八〇元。臺北市國稅局將聲請人自行列報之分離課稅營利所得五五、五〇七、三七三元，其中包括聲請人配偶彭董〇萍取自偉〇公司營利所得二六、二四九、九八五元及貿〇公司股利一五、四〇七、三八八元，共計四一、六五七、三七三元部分併入七十八年度綜合所得總額，核定綜合所得淨額為一五六、四九四、二一一元。

二、聲請人就其配偶彭董〇萍取自偉〇公司、貿〇公司及復〇公司營利所得部分，不服臺北市國稅局右三年度之課稅處分，分別提起訴願、再訴願及行政訴訟，經行政法院以八十二年度判字第二四九五號判決（七十六年度綜合所得稅案）、八十二年度判字第一七八四號判決（七十七年度綜合所得稅案）及八十二年度判字第二〇三六號判決（七十八年度綜合所得稅案）三項確定判決予以駁回，聲請人並曾各別提起再審之訴，仍迭遭駁回。經查行政法院判決之主要理由，乃謂：

(一)按「凡有中華民國來源所得之個人，應就其中華民國來源之所得，依本法規定課徵綜合所得稅。非中華民國境內居住之個人，而有中華民國來源所得者，除本法另有規定外，其應繳納稅額分別就源扣繳。」及「本法所稱中華民國境內居住之個人，指左列兩種：一、在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者。二、在中華民國境內無住所，而於一課稅年度內在中華民國境內居留合計滿一百八十三天者。」暨「本法稱非中華民國境內居住之個人，指前項規定以外之個人」分別為行為時所得稅法第二條及第七條第

二項暨第三項所明定。而納稅義務人之配偶有所得稅法第十四條各類所得者，應由納稅義務人合併申報課稅，復為同法第十五條所規定。又所得稅法第二條第二項及行為時獎勵投資條例第十七條所稱就源扣繳，依據行政法院六十三年判字六七三號判例之見解，係指「非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言，若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國之內所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅」。

- (二)依據民法第一千零零二條之規定，聲請人既在中華民國境內設有住所（證六），其配偶自應認定亦在中華民國境內有住所，聲請人主張與聲請人配偶經雙方約定各以其住所為住所，並無證據足以證明。且聲請人及聲請人之配偶彭董O萍於七十六、七十七、七十八年度在中華民國境內居留均超過一百八十三天，自屬有經常居住中華民國境內之事實，聲請人之配偶其自原經依華僑回國投資條例核准投資之事業所取得之股利，即無行為時獎勵投資條例第十六條及第十七條規定適用。
- (三)特別法優於普通法固為法律適用之原則，但其優先適用，係指法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者而言，就行為時獎勵投資條例及所得稅法有關條文，獎勵投資條例並無優於所得稅法第七條第二項第一款之「在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者」，應適用所得稅法第七十一條第一項結算申報之規定，則聲請人之配偶取自中華民國來源之所得，自應由聲請人合併申報，並無依行為時獎勵投資條例第十七條適用同條例第十六條第一項規定就源扣繳之餘地云云。

三、本案所涉憲法條文；本案經依訴願、再訴願及行政訴訟程序，訴請撤銷上述七十六、七十七及七十八年度綜合

所得稅之課稅處分，惟行政法院一再適用有違憲疑義之行政法院六十三年判字第六七三號判例，認為所得稅法第二條及行為時獎勵投資條例第十七條有關就源扣繳之規定，除須符合所得稅法第七條第二項及第三項所指稱之「中華民國境內居住之個人」外，尚須另外符合「無配偶居住國內」之要件，始得適用之，在本案中並據以拒絕適用獎勵投資條例第十六條第一項及第十七條有關就源扣繳之規定。行政法院僅依據判例所持之見解，超越法律文字解釋之範圍，憑空創設法律所未明文之要件，作為課稅處分之依據，實已違法侵害人民之財產權，並與憲法第十五條「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」之規定、憲法第十九條「人民有依法納稅之義務」之「稅捐法定主義」，以及憲法第二十三條「以上各種列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增加公共利益所必要者外，不得以法律限制之」之「法律保留原則」等意旨發生牴觸。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解：

- 一、按財產權之保障為憲法第十五條所保障之人民自由權利，國家公權力之行使，如對人民之財產權有所限制或侵害，依據憲法第二十三條「法律保留原則」之意旨，須有法律明文作為依據始得為之，中央法規標準法第五條第二項亦規定：「關於人民權利義務事項應以法律定之。」此為民主法治國家保障之人民基本權利之基本精神。其中關於租稅事項，憲法第十九條特別明文保障「人民有依法納稅之義務」，亦即國家非依據法律不得核課徵收稅捐，亦不得要求國民繳納稅捐，僅於其法律所規定之範圍內始得對人民課稅。蓋因國家對人民之課稅處分直接侵害人民之財產權，須有經民主程序產生之國會所制定之法律作為依據，方可避免國家公權力之濫用，不當侵害人民之財產權。基於上述憲法第十九條之

「稅捐法定主義」，立法機關對於課徵稅捐之重要事項，包括稅捐主體、稅捐客體、課徵標準及稅率等，均應自行以法律定之，同時基於國家權力分立之原則，行政機關只得於法律明文範圍之內向人民課徵稅捐，司法機關則須依據法律審查行政機關之課稅處分是否依法行政，斷無於法律規定之外，透過判例另行創設法律所未明定之要件，袒護行政機關違法課稅處分、增加人民稅負之餘地，此不僅逾越司法權認定事實解釋法律之職權範圍，更已明顯牴觸憲法第十九條「稅捐法定主義」及憲法第二十三條「法律保留原則」之精神。

- 二、本件聲請人所主張者，係行政法院六十三年判字第六七三號判例有牴觸憲法之疑義，按判例雖非法律或命令，但鈞院大法官會議解釋第一五四號解釋理由書曾謂：「最高法院及行政法院判例，在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第四條第一項第二款之適用」，則現行司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款「人民、法人或政黨於其憲法所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局判決所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」所稱之法律或命令，依據前述釋字第一五四號之意旨，應包括判例在內。另大法官會議釋字第一七七號、第一八二號解釋亦就「判例是否違憲」予以解釋，則判例相當於法律或命令，得為違憲審查之對象，應無疑義，合先敘明。

- 三、聲請人對本案所持之立場：

(一)按行為時獎勵投資條例第十六條第一項第一款既已規定，非中華民國境內居住之個人，而有中華民國境內之公司分配與股東之盈餘者，依華僑回國投資條例申請投資經核准者，其應繳納之所得稅，由所得稅法規之扣繳義務人於給付時，按給付額或應分配額就源

扣繳百分之二十，不適用所得稅法結算申報之規定，顯見獎勵投資條例第十六條所定之就源扣繳規定為所得稅法結算申報之特別規定。而關於「非中華民國境內居住之個人」之認定，除依所得稅法第七條第二項及第三項之定義外，獎勵投資條例第十七條針對華僑回國投資經營事業之實際需要，特別規定依華僑回國投資條例核准在中華民國境內投資，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度內在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天時，自該事業所分配之股利，得適用前條（即第十六條）第一項第一款之規定。聲請人之配偶彭董 0 萍依華僑回國投資條例申請投資偉 0、貿 0、復 0 等經核准在案，並分別擔任副總經理職位，於七十六、七十七、及七十八年度居留國內日數雖均超過所得稅法所定之一百八十三天，依據獎勵投資條例第十七條之規定，仍得適用獎勵投資條例第十六條就源扣繳之規定，其取自偉 0、貿 0、復 0 等三家公司之股利，自應優先適用就源扣繳之規定，而不適用所得稅法合併申報之規定。

- (二) 行政法院歷次判決無視於獎勵投資條例第十六條及第十七條之明文，一再否認獎勵投資條例為所得稅法有關合併申報、結算申報之特別規定，並依據民法第一千零零二條「妻以夫住所為住所」之規定，認為聲請人之配偶應以聲請人在中華民國之住所為住所，則聲請人之配偶屬於所得稅法第七條第二項第一款中華民國境內居住之個人，且聲請人之配偶居留國內日數超過一百八十三天等，無異將聲請人之配偶彭董 0 萍認定為所得稅法第七條第二項第一款所稱之「中華民國境內居住之個人」，而適用所得稅法第七十一條第一項結算申報之規定，核課綜合所得稅。惟細繹行政法

院判決理由之構成，行政法院六十三年判字第六七三號判例之見解實為癥結所在。

- (三)行政法院六十三年判字第六七三號判例稱：「所得稅法第二條第二項及獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之一所稱就源扣繳係以其非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅。」上開判例不僅超越獎勵投資條例關於適用就源扣繳所規定之要件，其所持之見解亦不足採納，茲析述如下：

1. 自法律規定以觀：

凡有中華民國來源所得之個人，應依所得稅法課徵綜合所得稅；但「非中華民國境內居住之個人，其應納稅額分別就源扣繳」，所得稅法第一章總則之第二條已有明文。行為時獎勵投資條例為獎勵投資，於第十六條第一項第一款規定：「非中華民國境內居住之個人及在中華民國境內無固定營業場所之營利事業，而有中華民國境內之公司分配與股東之盈餘，或合夥人應分配之盈餘所得者，依左列規定扣繳所得稅，不適用所得稅法結算申報之規定：一、依華僑回國投資條例或外國人投資條例申請投資經核准者，其應納之所得稅，由所得稅法規定之扣繳義務人於給付時，按給付額或應分配額扣繳百分之二十。」至於何課謂「非中華民國境內居住之個人」？所得稅法第七條第二項及第三項規定：「本法稱中華民國境內居住之個人，指左列兩種：一、在中華民國境內有住所，並經常居住於中華民國境內者。二、在中華民國境內無住所，而於一課稅年度內在中華民國境內居留合計滿一百八十三天者。本法稱非中華民國境內居住之個人，係指

前項規定以外之個人。」而為因應華僑回國投資經營事業之需要，同法第十七條進一步規定：「非中華民國境內居住之個人，經依華僑回國投資條例或外國人投資條例核准在中華民國境內投資，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度內在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天時，其自該事業所分配之股利，得適用前條第一項第一款之規定。」使回國投資並親自投身經營之華僑或外國人，居留中華民國境內之日數雖然超過一百八十三天，仍得適用就源扣繳之規定。歸納上開條文之規定，華僑回國投資而有中華民國來源之所得，其適用就源扣繳規定之要件有：

- (1)未擔任董事、監察人或經理人者：須依華僑回國投資條例申請投資經核准，並屬於「非中華民國境內居住之個人」。
- (2)擔任董事、監察人或經理人者：即使於同一課稅年度內在中華民國境內居留日數合計超過一百八十三天，亦無礙其適用就源扣繳之獎勵。

綜觀上開條文，獎勵投資條例所定之獎勵，除營利事業外，均以「個人」為對象，並未考慮其婚姻關係而有不同之待遇。換言之，獎勵投資條例、所得稅法相關條文所明定之獎勵條件，即為「投資」之事實及「華僑」之身分，始終未要求回國投資之華僑須「無配偶居住國內」始得適用就源扣繳之規定，條文既已規定相當明確，當無其他解釋空間或例外規定。行政法院六十三年判字第六七三號判例自設「無配偶居住國內」之要件，並無任何法規可作為依據，顯已超越法律文義之範圍，如援引上開判例減損獎勵，增加人民之稅負，即已牴觸憲法第十五條、第十九條及第二十三條之規定。

2. 自所得稅法第七條與民法一千零零二條之定義以觀：

所得稅法第七條對於是否屬於「非中華民國境內居住之個人」，有其獨立之定義，與民法所謂「住所」之定義，並不一致，不容混淆。依據所得稅法第七條第二項所謂「中華民國境內居住之個人」之定義，在中華民國境內有無住所與是否為中華民國境內居住之個人並無必然之關連，僅為判斷是否屬於中華民國境內居住之個人的標準之一，有住所者不一定為中華民國境內居住之個人，相對地，無住所者仍可能為中華民國境內居住之個人。如以民法親屬篇「住所」之認定適用於所得稅法所稱之「中華民國境內居住之個人」，將導致極為不合理之現象：如「夫」為華僑並在國內無住所，而「妻」在國內設有住所者，只要「夫」非經常居住國內，仍屬「非中華民國境內居住之個人」，即使因擔任董事、監察人或經理人而長期停留國內超過一百八十三天，仍得依獎勵投資條例第十七條之規定，適用就源扣繳之規定。反之，「妻」為華僑而「夫」在國內有住所者，即認定「妻」在國內亦設有住所，只要一課稅年度內在國內居留期間超過一百八十三天，恆屬「中華民國境內居住之個人」，即使「妻」本身係因擔任董事、監察人或經理人而長期居留國內，亦無從依據所得稅法第七條第二項第二款、獎勵投資條例第十七條之規定，享受就源扣繳之優惠。換言之，如以民法上關於住所之規定適用於所得稅法第七條，將使具華僑身分之「妻」，自始喪失其適用所得稅法第七條第二項第二款、第三項及獎勵投資條例第十七條之可能性，導致相同之法律分別適用於夫、妻雙方卻發生不同之法律效果，顯與獎勵投資條例及所得稅法之立法

意旨不符。此種解釋方式亦將產生男女不平等之違憲結果，因此是否適用獎勵投資條例有關就源扣繳之規定，端視納稅義務人本身是否符合所得稅法第七條、獎勵投資條例第十六條及第十七條所定之要件，與民法第一千零零二條無涉，行政法院不應於判例中自行增設「無配偶居住國內」之要件，亦不應以民法上有關住所之認定，逕行適用於獎勵投資條例及所得稅法，造成違憲之適用結果。

3. 從獎勵投資條例之立法目的觀之：

華僑回國投資條例之立法目的，乃在吸引華僑回國投資以繁榮國家之經濟，並增加國民之就業機會。以獎勵之目的言，只要投資人確為華僑，確已將滯留國外之資金匯回國內，促成國內之經濟發展，即已符合法律規定獎勵之條件。至於投資人國內有無配偶既不影響投資之效果，自始不在法律考慮範圍之內，亦不應影響投資人應享受之獎勵。我國經濟能順利且迅速的從農業時期發展到工商業時期，並提昇至開發中國家之列，華僑投資功不可沒。行政機關若為增加稅收而藉口華僑之婚姻關係剝奪僑民投資之保障，不無「見利忘義」恐將失信於民，有損國家形象。

四、結論：

綜上所述，行政法院八十二年度判字第二四九五號判決、八十二年度判字第一七八四號判決及八十二年度判字第二〇三六號判決等三項確定判決所適用之行政法院六十三年度判字第六七三號判例牴觸憲法第十五條、第十九條及第二十三條之規定，應屬無效，謹懇請鈞院大法官會議惠予違憲審查，宣告行政法院六十三年判字第六七三年號判例違憲，以維護憲法保障人民權益之精神，至為感禱。

肆、關係文件之名稱及件數

一、證明文件：

證一：聲請人之配偶彭董 0 萍之香港華僑身分證明書影本、香港中華旅行社及中華民國僑務委員會之華僑身分印鑑證明書影本。

證二：經濟部投資審議委員會七十四年十月四日經投審（74）秘字第四二六九號函影本，核准聲請人之配偶彭董 0 萍投資偉 0 運輸股份有限公司。

證三：經濟部投資審議委員會七十四年九月十八日經投審（74）秘字第四 0 三七號函影本，核准聲請人之配偶彭董 0 萍投資貿 0 倉儲股份有限公司。

證四：經濟部投資審議委員會七十四年十月八日經投審（74）秘字第四三二三號函影本，核准聲請人之配偶彭董 0 萍投資復 0 船舶工程股份有限公司。

證五 - 一：聲請人配偶彭董 0 萍七十六、七十八年度擔任偉 0 公司副總經理證明文件，即偉 0 公司七十六年及七十八年營利事業變更登記事項卡影本各乙份。

證五 - 二：聲請人配偶彭董 0 萍七十六、七十七、七十八年度擔任貿 0 公司副總經理證明文件，即貿 0 公司七十六年、七十七年及七十八年營利事業變更登記事項卡影本各乙份。

證五 - 三：聲請人配偶彭董 0 萍七十六、七十七年度擔任復 0 公司副總經理證明文件，即復 0 公司七十六年度及七十七年營利事業變更登記事項卡影本各乙份。

證六：彭 0 剛之戶口名簿影本。

二、附件：行政法院八十二年度判字第二四九五號判決（七十六年綜合所得稅行政訴訟）、八十二年度判字第一七八四號判決（七十七年度綜合所得稅行政訴訟）及八十二年度判字第二 0 三六號判決（七十八年度綜合所得稅訴訟案）影本各乙份。

謹 呈  
司法院 公鑒

聲請人：彭 0 剛

聲請代理人：李模 律師

中 華 民 國 八 十 三 年 十 二 月 十 六 日

附件一：

行政法院判決

八十二年度判字第二四九五號

原 告 彭 0 剛 (住略)

訴訟代理人 李模 律師

被 告 財政部台北市國稅局

上當事人間因綜合所得稅事件，原告不服行政院中華民國八十二年四月二十三日台八十二訴字第一一〇三二號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告七十六年度綜合所得稅結算申報，原申報綜合所得總額新台幣（下同）八六、八八四、四九二元，淨額為三三、七八八、〇四三元。被告初查對其自行列報之分離課稅營利所得五二、六五八、〇九六元（含原告一二、六一〇、〇〇〇元及其配偶彭董 0 萍四〇、〇四八、〇九六元）併入當年度綜合所得總額，核定其綜合所得淨額為八六、四四六、一三九元。原告申經復查結果，未准變更，乃就其配偶取自偉 0 運輸股份有限公司（以下簡稱偉 0 公司）營利所得二〇、九九九、九七〇元，貿 0 倉儲股份有限公司（以下簡稱貿 0 公司）營利所得一六、九四八、一二六元及復 0 船舶工程股份有限公司（以下簡稱復 0 公司）營利所得二、一〇〇、〇〇〇元，共計四〇、〇四八、〇九六元部分，提起一再訴願，均經決定駁回後，乃向本院提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨及起訴續狀略謂：一、按行為時獎勵投資條例第十六條

規定：「非中華民國境內居住之個人及在中華民國境內無固定營業場所之營利事業，而有中華民國境內之公司分配與股東之盈餘或合夥人應分配之盈餘所得者，依左列規定扣繳所得稅，不適用所得稅法結算申報之規定：一、依華僑回國投資條例或外國人投資條例申請投資經核准者，其應納之所得稅，由所得稅法規定之扣繳義務人於給付時，按給付額或應分配額扣繳百分之二十。」同條例第十七條規定：「非中華民國境內居住之個人，經依華僑回國投資條例或外國人投資條例核准在中華民國境內投資，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理投資事業需要，於一課稅年度在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天時，其自該事業所分配之股利，得適用前條第一項第一款之規定。」又財政部七十五年四月十七日台財稅第七五二一五五三號函釋：「華僑經依華僑回國投資條例核准回國投資，並擔任該核准投資事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度在我國境內居留超過一百八十三天時，不論其是否攜帶眷屬子女回國定居，其自該事業所分配之股利，均得依獎勵投資條例第十七條規定，適用同條例第十六條第一項第一款規定，就源扣繳百分之二十所得稅。」二、原告之配偶彭董0萍係香港華僑，有香港政府發給之「香港永久性居民身分證」及我國駐港機構中華旅行社及僑務委員會發給之華僑身分印鑑證明書為證，迄未在中華民國境內設立「戶籍」及「住所」，亦未領取「國民身分證」，就其「個人」言，其身分應屬所得稅法所定「非中華民國境內居住之個人」，亦為華僑回國投資條例所界定之「華僑」而無疑。民國七十四年間，經依照華僑回國投資條例申請經濟部投審會於七十四年四月十日經投審(74)秘字第四二六九號函核准投資偉0公司、經濟部投審會於七十四年九月十八日經投審(74)秘字第四0三七號函核准投資貿0公司、經濟部投審會於七十四年十月八日經投審(74)秘字第四三二三號函核准投資復0公司，並擔任各該公司副總經理職務，有經濟部投審會核准函及各該公司變更登記事項卡為憑。七十六年度彭董0萍雖因經營管理投資事業需要在國內實際居留日數超過一百八十三天以上，依前開獎勵投資條例第十七條規定，就該年度自偉0、貿0、復0三家公司分配之股利，仍得

適用同條例第十六條第一款規定就源扣繳，不適用所得稅法結算申報之規定。業經上述三家公司依同條例辦理扣繳稅款繳庫發給原告扣繳憑單並報經被告機關備查有案，上列三公司均係依華僑回國投資條例及獎勵投資條例申請，並經華僑投資主管機關核准之投資案，則依華僑回國投資條例第一條之規定，應依該條例之規定予以保障。三、次按華僑經依華僑回國投資條例核准回國投資，並擔任該核准事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度在我國境內居留超過一百八十三天時，不論其是否攜帶眷屬子女回國定居，其自該事業所分配之股利，均得依獎勵投資條例第十七條規定，適用同條例第十六條第一項第一款規定，就源扣繳百分之二十所得稅，前開財政部七十五年四月十七日台財稅第七五二一五五三號函，釋示甚明。並經財政部七十九年十月十八日台財稅第七九〇七一四三三四號函示各稅務機關列入工作手冊遵照辦理有案。而華僑回國定居，依內政部有關之規定，係指華僑回國申辦戶籍登記而言，此觀內政部核頒「海外僑胞怎樣申請來台」第二點第（一）款第6目及第（二）款第(2)(3)(4)目規定，華僑回國辦理戶籍登記，應備定居申請書、定居保證書等文件提出申請，即甚清楚。故華僑回國投資，如符合獎勵投資條例第十七條規定，縱其眷屬（包括配偶）或子女已在國內定居（辦理戶籍登記），其自投資事業所分配之股利仍得適用同條例第十六條第一項第一款就源扣繳之規定，而不適用所得稅法結算申報之規定。本件原告及配偶彭董〇萍原均係華僑身分，彭董〇萍於七十四年經核准依華僑回國投資條例回國投資，七十五年原告始依有關規定辦理戶籍登記，在國內定居。依獎勵投資條例第十六條、第十七條及財政部七十五年四月十七日台財稅七五二一五五三號函釋，就原告配偶彭董〇萍七十六年度自投資事業偉〇等三家公司分配之股利，於就源扣繳後，無庸再併入原告七十七年度綜合所得總額課稅。四、獎勵投資條例關於課稅有關規定，係所得稅法之特別法，依特別法優於普通法之法規適用原則，自應優先適用獎勵投資條例有關規定，始為適法，該條例第十六條第一項明文規定「不適用所得稅法結算申報」之規定，表明其為特別法之本質，極為明確，所謂「不適用結算申報」當然包括「自己」免為結算申報及將其所得合併於其配偶之所

得而「結算申報」者在內。再訴願決定認「配偶（彭董0萍）縱屬非中華民國境內居住之個人，而於本年度取得之系爭股利所得即應由原告依行為時所得稅法第十五條規定合併申報課稅，並無依當時獎勵投資條例第十七條適用同條例第十六條第一項規定就源扣繳之餘地。」云云，顯然違法：（一）原告配偶彭董0萍七十六年度自偉0等三家公司分配之系爭股利所得，依行為時獎勵投資條例第十七條、第十六條第一款規定，於扣繳百分之二十所得稅後，不適用所得稅法結算申報，已如前述。而獎勵投資條例並未規定「有中華民國境內居住之配偶」者不得適用獎勵投資條例第十六條、第十七條所定之就源扣繳，再訴願決定認彭董0萍系爭股利所得無獎勵投資條例第十六條、第十七條規定之適用，顯然無法律依據。況依財政部七十五年四月十七日台財稅七五二一五五三號函釋（財政部對獎勵投資條例第十七條所為之補充解釋）縱配偶已在國內定居（即有中華民國境內居住之配偶），仍有獎勵投資條例第十六條之適用，前述甚詳，再訴願決定所持理由違背法令，極為顯然。（二）行為時獎勵投資條例之立法目的在於鼓勵及保障華僑回國投資，其第十六條第一項規定：「非中華民國境內居住之個人 而有由中華民國境內公司分配與股東之盈餘者，依左列規定扣繳所得稅，不適用所得稅法結算申報之規定」明示此項「盈餘所得」係採「分離課稅」，而「不適用所得稅法結算申報之規定」。就此項「盈餘所得」而言，自己排除所得稅法內關於「結算申報」之所有關係條文規定，包括「所得人之結算申報」規定與「配偶及受扶養親屬之合併結算申報」規定在內，且核該條文，可知該條例規定之獎勵，除營利事業外，均以「個人」為對象，並未考慮其「婚姻關係」而有不同之處遇，該法條明定獎勵之條件，即為「投資」之事實及「華僑」之身分，不得任意增加任何條件，否則即屬違法。本件彭董0萍之系爭股利所得既合於獎勵投資條例第十六條第一項第一款及第十七條規定，即不再適用所得稅法第十五條「配偶及受扶養親屬合併結算申報」之規定。訴願決定理由仍依所得稅法第十五條規定，應由原告將配偶彭董0萍已依獎勵投資條例就源扣繳之係爭股利所得合併申報，顯然違反獎勵投資條例第十六條之規定，亦與該條例第二條所定「獎勵投資」及華僑回國投資條例第一條所定

「獎勵及保障華僑回國投資」之立法理由相違背。(三)所得稅法第十五條規定：納稅義務人之配偶 有前條各類所得者，應由納稅義務人合併申報。同法第十四條規定：「個人綜合所得總額，以其全年左列各項所得合併計算之」則納稅義務人配偶之所得，應合併申報課稅者，係指配偶所得中，應合併計算綜合所得總額者而言。若配偶之所得依法不屬應合併計算綜合所得總額者，自亦不應由納稅義務人合併申報。本件原告配偶彭董O萍之系爭股利所得，依獎勵投資條例第十六條、第十七條規定，既不適用結算申報規定，自不屬所得稅法第十四條所定應合併計算綜合所得總額之所得。縱原告依所得稅法第十五條規定，應將配偶彭董O萍之所得合併申報，亦不包括已依獎勵投資條例第十六條、第十七條規定就源扣繳之系爭股利所得，且獎勵投資條例第二條規定適用法律順序係優先於所得稅法內之所有相關各條規定，再訴願決定有適用所得稅法第十五條、第十四條規定，錯誤而違法。五、行為時獎勵投資條例第十七條規定：「非中華民國境內居住之個人 於一課稅年度在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天時，其自該事業所分配之股利，得適用前條第一項第一款之規定。」及財政部七十五年四月十七日台財稅七五二一五五三號函釋：「不論是否攜帶眷屬子女回國定居，其自該事業所分配之股利，均得依獎勵投資條例第十七條規定，適用同條例第十六條第一項第一款規定，就源扣繳百分之二十所得稅。」係所得稅法第七條第二項關於「中華民國境內居住之個人」之例外規定。於上開法條規定及函釋所示之情形，依所得稅法第七條第三項「本法稱非中華民國境內居住之個人，係指前項規定以外之個人」之規定，該所得人仍屬「非中華民國居住之個人」，不因年度居留期間超過一百八十三天或攜帶眷屬子女回國定居，而認其不屬「非中華民國境內居住之個人」。而行為時獎勵投資條例第十七條規定，係六十九年十二月三十一日修正時，新增條文。行政法院六十三年判字第六七三號判例雖謂：「所得稅法第二條第二項、獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之(一)所稱就源扣繳，係指非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住在國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內

之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅。」惟查此判決係行為時獎勵投資條例第十七條增訂公布（六十九年十二月三十一日）及財政部七十五年四月十七日台財稅七五二一五五三號函釋發布前，依判決當時獎勵投資條例第十七條（相當於行為時獎勵投資條例第十六條規定）規定所為之判決，對於行為時獎勵投資條例第十七條關於「非中華民國居住之個人」例外規定公布實行後之事件，應無再適用之餘地。再訴願決定不查六十三年判決時與七十六年行為時，獎勵投資條例對於「非中華民國居住之個人」之認定有不同之規定，仍謂上開行政法院六十三年判字第六七三號判例有其適用，自屬違法。

六、再訴願決定引據行政法院之判例內載「參據法條」錯誤，依法判例應屬無效，據以補稅處分非法所許：（一）經查閱行政法院發行之行政法院判例要旨彙編第二一〇頁內載該判例引據之「法律條文」與「參考法條」均有錯誤，照錄原文於后：1.判例要旨：所得稅法第二條第二項及「獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之（一）」所稱就源扣繳，係指非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅。2.摘錄案由：綜合所得稅（何年度所得課徵者判例要旨未載明）。3.參考法條：所得稅法第二條第二項、第十五條（六十年十二月三十日修正公布），「獎勵投資條例第十七條」「暨同條例施行細則第二十五條之（一）」（五十九年十二月三十日修正公布）。（二）判例內容與補稅處分錯誤之一：上述六十三年度判字第六七三號判例要旨之摘錄案由僅載「綜合所得稅」（訴願決定書與復查決定書亦同），未載何年度所得課徵者？諒係判例要旨製作之筆誤，經蒐得該判決影印本，查係「六十年度課徵綜合所得稅之行政訴訟判決，特予說明請注意其系屬年度」，依照「實體從舊」、「程序從新」之法律適用原則，六十年度所得應適用「六十年度有效之獎勵投資條例施行細則」，始為適法，惟查上述判例中所載「獎勵投資條例施行細則第二十五條之一」，係「六十三年六月二十日增訂，六十七年八月一日修正刪除者」，故以六十年度之所得而稽徵機關為課徵綜合所得稅處分時，該上述條例施行細則第二十五條之一，

「尚未立法公布判例何從參考」？自無法引據該條例施行細則製作判決，行政法院為六十年度綜合所得稅製作該六十三判六七三號判決時，疏於注意六十年度該獎勵投資條例施行細則第二十五條之一尚未增訂立法制定頒布，行政法院判決及判例要旨兩者中皆指「參考法條為獎勵投資條例施行細則第二十五條之（一）」顯屬缺乏法據之判例，行政法院判決錯誤在先，再訴願決定失察復行引據於本案「七十六年」度所得併課綜合所得稅，駁回原告之請求於後，殊屬錯上加錯而處分不當應予撤銷。（三）援用判例與補稅處分錯誤之二：該「六十三年判字六七三號判決」係引據「五十九年修正公布之獎勵投資條例及六十年有效之所得稅法規定」製作之判決，惟本案為「七十六年度」所得課稅案件，時經十七年，獎勵投資條例與所得稅法之條文內容早經數度修正變更法意而面目全非，再訴願決定予以援用顯有錯誤：行政法院六十三判六七三號判例係對六十年度所得課徵綜合所得稅案於六十三年時之判決，惟判例要旨所載參考法條為「五十九年十二月三十日修正公布之獎勵投資條例及施行細則」與「六十年十二月三十日修正公布之所得稅法」。經查獎勵投資條例自四十九年始至七十九年廢止計分三個階段，早期（舊）獎勵投資條例期間為四十九年九月十日至五十九年十二月三十一日及六十年一月一日至六十九年十二月三十一日兩個階段；後期（新）獎勵投資條例期間七十年一月一日至七十九年十二月三十一日期間。六十三判六七三號判例實體為早期舊獎勵投資條例期間，本案發生在後期（新）獎勵投資條例期間，該條例於「五十九年十二月三十日」修正公布後，至本案「七十六年」發生時，該條例已經又有下列高達八次之修正：(1)六十二年三月二十二日全文修正公布。(2)六十二年十二月二十九日修正第十、十二、十五、「十七」條條文。(3)六十三年十二月三十日全文修正公布(4)六十六年七月二十六日全文修正公布，(5)六十八年七月二十日修正公布第三、十、「十六」、二十四條，並增訂第五條之一、第二十二條之二條文。(6)六十九年三月三十日修正公布全文共八十九條。(7)七十三年十二月三十日修正公布「並增訂第十六條之一等十六條條文。(8)七十六年一月二十六日修正公布增訂十六之一、十六之三等等共二十二條。先後經過四次全文修正與本案爭議之「十六、十七

條」條文七次之修正，依實體從舊原則，因已時過十七年並已八度修正內容變更法意之獎勵投資條例條文，再訴願決定予以援用，顯有錯誤。又查該判例適用「六十年」公布修正之所得稅法，迨至「本案七十六年」發生時，已經時過十七年又有(1)「六十一年十二月三十日」、(2)「六十二年十二月二十九日」及(3)「六十三年十二月三十日」等「先後公布修正十三次」之多，至「非中華民國境內居住之個人」關係條文，例如：七十一至七十三條等亦併作文字修正，所得稅法施行細則自六十至七十七年間，例如五十七至六十條等亦併同修正。亦先後「修正十次」其關係條文再訴願決定依據時過十七年修正十餘次舊所得稅法之行政法院判決，且自六十至七十六年獎勵投資條例特別法又已七次修正，且「明文排除所得稅法之適用」，兩者均非適當而有錯誤且具重大瑕疵。依照中央法規標準法第十七條：（法規修正後之適用或準用），法規對某一事項規定適用或準用其他法規之規定者，其他法規修正後，適用或準用修正後之法規。第十八條：從新從優原則。足證該判例參用獎勵投資條例施行細則之錯誤，再訴願決定諒係一時疏忽失察而予引據課稅，而未引據七十六年最新獎勵投資條例及其施行細則與七十六年度修正之所得稅法與其施行細則等，顯均錯誤而處分不當，應予撤銷。（四）六十三年判六七三號判決內容逾越法律規定範圍：判例要旨中「所得稅法第二條第二項及獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之（一）所稱就源扣繳係指非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言」。除獎勵投資條例施行細則第二十五條之一引用錯誤已於前述不再重複外，經查所得稅法第二條第二項及獎勵投資條例第十七條原文中均無載明「且無配偶居住國內之情形」之法律排除文字，顯係該判決內容逾越上述所得稅法第二條第二項及獎勵投資條例第十七條法律規定範圍。違反憲法第十九條人民依法律納稅之義務之規定，且依照中央法規標準法第五條（應以法律規定之事項）第二款「關於人民之權利義務者」，自應以法律規定而不可以命令規定。第七條（命令之發布）各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並「即送立法院」。（經查該判決並非法律與行政命令相同，財政部迄未送立法院）。第十一條（法位階之效力）法律不得抵

觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得牴觸上級機關之命令。該形同行政命令之判決引用法律條文錯誤顯已牴觸憲法，逾越所得稅法、獎勵投資條例規定範圍而擴大解釋，損害納稅人之權利。（五）上述行政法院之判例究非法律，與上級命令同，該判例除獎勵投資條例施行細則引用錯誤不具判例效力外，餘者均屬對所得稅法之判決，惟該判例已有前述部分之明顯錯誤，已不具有參考援用價值，自不礙本案適用獎勵投資條例特別法之規定併請明察。七、請將再訴願決定、訴願決定及原處分均撤銷等語。

補充理由略謂：一、獎勵投資條例（以下簡稱獎投條例）第一條及第二條與華僑回國投資條例（以下簡稱華投條例）第一條明文規定其為所得稅法與民法之特別法應優先適用，被告答辯並不否認。二、依行為時獎投條例第十七條規定及財政部七十五年四月十七日台財稅第七五二一五五三號函釋意旨，七十七年原告配偶董0萍在國內居留超過一百八十三天，及原告在國內有住所之事實，均不影響系爭董0萍所得適用獎投條例第十六條就源扣繳分離課徵之規定。被告機關答辯意旨有意避開而不提上開財政部函釋並曲解獎投條例第十七條規定，顯屬違法。三、被告錯誤「認定」原告配偶董0萍「在國內有住所」嗣據該錯誤認定又錯誤適用所得稅法「第七條第二項第一款」及「同法第十五條」之規定。查董0萍君自民國三十七年自大陸遷居香港並取有香港政府發給「永久性居民身份證 - 號碼D 497081」文件，其未在中華民國境內設立「戶籍」及「住所」，配偶原告彭0剛原為美國居民，於七十三年六月在中華民國設立戶籍時，其妻董0萍並未隨同在中華民國設立「戶籍與住所」，係經夫妻雙方同意之口頭約定，足為夫妻各以住所為住所之約定證明，復查民法第一〇〇二條，並未規定住所約定必須以書面約定，其雙方同意之口頭約定，自為法所許；況該民法第一〇〇二條關於夫妻住所之規定係普通法民法親屬編第二章第三節中明文規定為「婚姻之普通效力」，適用法律時，自應優先適用特別法獎投條例第十六、十七條及財政部七十五年四月十七日台財稅七五二一五五三號函對獎投條例第十六、十七條所為之函釋規定，且民法該條「但書」明載「有約定從其約定」，該約定為書面或口頭，均不在限制之列。董0萍之華僑投資人身分與七十四年經濟部

核准其系爭案華僑投資時完全相同而迄未變更，況華投條例與獎投條例均未規定華僑投資人禁止與國人結婚，否則喪失投資獎勵之文字，故無礙董O萍為「非中華民國境內居住之個人」之華僑回國投資人之獎勵條件，被告之認定其「在中華民國境內有住所」，喪失獎勵條件而適用所得稅法之處分，顯失法據不足採信。

1.以華僑身分投資國內之事實與證明文件：(1)七十四年投資復O公司，經濟部投審會七十四年十月八日經投審(74)秘字第四三二三號函准，並擔任該公司副總經理職務，並有經濟部變更登記事項卡為證。(2)七十四年投資貿O公司，經濟部七十四年九月十八日經投審(74)秘字第四O三七號函准，並擔任該公司副總經理職務並有經濟部變更登記事項卡為證。(3)七十四年投資偉O公司，經濟部投審會七十四年四月十日經投審(74)秘字第四二六九號函核准，並擔任該公司副總經理，有經濟部變更登記事項卡為證。

2.國內居住超過一八三天適用就源扣繳分離課徵之法律依據：(1)行為時獎投條例第十七條（僑外投資股利之準用）：非中華民國境內居住之個人，經依華僑回國投資條例核准在中華民國境內投資，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度內在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一八三天時，其自該事業所分配之股利，得適用前條第一項第一款之規定。(2)行為時獎投條例第十六條（所得扣繳而不適用結算申報者）：非中華民國境內居住之個人及在中華民國境內無固定營業場所之營利事業，而有由中華民國境內之公司分配與股東之盈餘或合夥人應分配之盈餘所得者，依左列規定扣繳所得稅，不適用所得稅法結算申報之規定：一、依華僑回國投資條例或外國人投資條例申請投資經核准者，其應納之所得稅法規定之扣繳義務人於給付時，按給付額或應分配額扣繳百分之二十。

3.行為時財政部函釋准予攜眷居留國內超過一八三天，無礙獎投條例第十六條規定就源扣繳分離課徵所得稅之規定：財政部七十五年四月十七日台財稅第七五二一五五三號函「主旨：華僑經依華僑回國投資條例核准回國投資，並擔任該核准投資事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度在我國境內居留期間超過一八三天時，不論其是否攜帶眷屬子女回國定居，其自該投資事業所分配之股

利，均得依獎勵投資條例第十七條規定，適用同條例第十六條第一項第一款規定，就源扣繳百分之二十所得稅，請查照」。故董O萍依照前述規定居住國內縱超過一八三天，亦非屬被告所指「所得稅法第七條第二項第一款之在中華民國境內有住所而經常居住中華民國境內者」，更不應適用所得稅法第七十一條第一項之結算申報。董O萍之眷屬子女（按眷屬包括配偶即原告在內）縱於七十六年在國內有住所且居住超過一八三天，其自投資事業（復O公司、偉O公司及貿O公司）所分配之股利，亦得依獎投條例第十七條規定，適用同條例第十六條第一項第一款規定就源扣繳百分之二十所得稅。而不適用所得稅法第十五條夫妻所得合併申報之規定。4.財政部賦稅署明確指示處理獎勵投資條例第十七條適用疑義規定：原告配偶董O萍另於七十六年時，曾以「獎勵投資條例第十七條規定適用疑義」具文請示財政部賦稅署，經該署移案「台北市國稅局」，「移送原因：移請參照本部七十五年四月十七日台財稅七五二一五五三號函規定核辦逕復，並副知本署」，副本抄送「偉O運輸股份有限公司」各在案。財政部賦稅署為全國最高稅務主管機關明確釋示獎投條例第十七條規定之適用，應勿置疑。四、特別法對同一事項「經常居住中華民國境內」與「合併申報課稅」兩者均已為特別規定，依法應優先適用：（一）行為時「經常居住中華民國境內」事項：獎投條例第十七條及財政部七十五年四月十七日台財稅七五二一五五三號之函釋已如前述，董O萍依華僑回國投資條例回國投資擔任投資事業之副總經理，因經營管理其投資事業需要，上述規定，均准許其於一課稅年度內居留超過一八三天，即係對所得稅法第七條第二項第一款「經常居住中華民國境內者」及同法第七十一條第一項同一事項之特別規定，前述特別法獎投條例第十七條及財政部台財稅七五二一五五三號對特別法獎投條例第十六、十七條之函釋，自己排除所得稅法第七條及七十一條之適用，處分違法，辯不足採。（二）行為時「合併申報課稅」事項：華僑投資人於一課稅年度在我國境內攜帶眷屬子女居留超過一八三天時，均得依獎投條例第十七條規定適用同條例第十六條第一項第一款之規定，就源扣繳百分之二十所得稅。即係對所得稅法第七條、第十五條規定合併申報課稅，同一事項之特別規定，特別法獎投條例第十六、

十七條及財政部台財稅七五二一五五三號對特別法之函釋，自己排除所得稅法第七條、第十五條規定同一事項之適用，飾詞曲解處分顯屬違法。五、鈞院六十三年判字第六七三號判例及財政部五十九年九月十九日台財稅第二七一五九號釋示，於本案均不得再適用：鈞院六十三年判字第六七三號判例，係就六十年度綜合所得稅事件，依據當時獎投條例第十七條規定所為之判決。查五十九年十二月三十日修正公布之獎投條例第十七條規定：「在中華民國境內無住所或居所之個人

而有中華民國境內之公司分配與股東之盈餘或合夥人應分配之盈餘所得時，不適用所得稅法結算申報之規定」，嗣後經多次修正並變更條次為第十六條；另於六十七年十二月三十日增訂第十七條之一規定：「非中華民國境內居住之個人，經依華僑回國投資條例或外國人投資條例核准在中華民國境內投資，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度內在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天時，其自該事業所分配之股利，得適用前條之規定。」本條規定於六十九年十二月三十日修正公布獎投條例時，變更條次為第十七條（即行為時獎投條例第十七條規定）。本案應適用之行為時獎投條例第十七條規定，既係鈞院六十三年判字第六七三號判例作成後，始增訂公布施行，該判例對於行為時獎投條例第十七條之案件，自無適用之餘地。同理，鈞院六十三年判字第六七三號判例引據之財政部五十九年九月十九日台財稅第二七一五九號釋示，於本案亦不得適用。況依財政部七十五年四月十七日台財稅第七五二一五五三號函釋，華僑回國投資擔任投資事業之董事、監察人、經理人者，不論是否攜帶眷屬子女回國定居，自投資事業所分配之股利，均得依獎投條例第十七條規定，適用同條例第十六條就源扣繳分離課徵之規定等語。

被告答辯意旨略謂：按「凡有中華民國來源所得之個人，應就其中華民國來源之所得，依本法規定課徵綜合所得稅。非中華民國境內居住之個人，而有中華民國來源所得者，除本法另有規定外，其應納稅額分別就源扣繳。」「本法稱中華民國境內居住之個人，指左列兩種：一、在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者。二、在中華民國境內無住所，而於一課稅年度內在中華民國境內居留合計滿一百

八十三天者。」「本法稱非中華民國境內居住之個人，係指前項規定以外之個人。」分別為行為時所得稅法第二條、第七條第二項及第三項所明定。而納稅義務人之配偶有所得稅法第十四條各類所得者，應由納稅義務人合併申報課稅，復為同法第十五條規定。又所得稅法第二條第二項及當時獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之一所稱就源扣繳，係指非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅。大院著有六十三年判字第六七三號判例可資參照。未按「納稅義務人之配偶，不論係中華民國境內居住之個人或非中華民國境內居住之個人，凡有中華民國來源所得者，應由納稅義務人合併其配偶之所得申報課稅，不適用所得稅法第七十三條第一項就源扣繳之規定。」早經財政部五十九年九月十九日台財稅第二七一五九號令釋有案。本件經查原告自七十三年六月間即在中華民國境內有住所，有原告戶籍謄本可稽。又原告與其配偶董○萍君既無以妻之住所為住所之約定，則依民法第一千零零二條規定，其配偶仍應認定在中華民國境內有住所，且原告七十六年度在中華民國境內居留二三天，堪認有經常居住中華民國境內之事實，原告及其配偶在系爭（七十六）年度顯屬所得稅法第七條第二項第一款所稱之中華民國境內居住之個人，其七十六年度自原經依華僑回國投資條例核准投資之事業所取得之股利，自無當時獎勵投資條例第十六條及第十七條規定之適用，原核定依有關中華民國境內居住之個人之規定，核課其當年度綜合所得稅，並無不當。原告雖主張其配偶取得之系爭股利，應優先適用當時獎勵投資條例第十七條就源扣繳之特別規定云云，惟查特別法優於普通法，固為法律適用之原則，但其優先適用係指「法規對其他法規所定之同一事項而為特別之規定者」而言，對照當時獎勵投資條例及所得稅法有關條文，當時獎勵投資條例並無優於所得稅法第七條第二項第一款之「在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者」，應適用所得稅法第七十一條第一項結算申報之規定，本件原告既屬所得稅法第七條第二項第一款所稱中華民國境內居住之個人，則其配偶董○萍君取自中華民國來源之所得，自應由原告合併申

報。次查原告就其為行為時所得稅法第七條第二項第一款所稱之中華民國境內居住之個人，並無爭執，則其配偶縱屬非中華民國境內居住之個人，而於本年度取得之系爭股利所得四〇、〇四八、〇九六元，即應由原告依行為時所得稅法第十五條規定合併申報課稅，並無依行為時獎勵投資條例第十七條適用同條例第十六條第一項規定就源扣繳之餘地。另獎勵投資條例及所得稅法雖迭經修正，然「非中華民國境內居住之個人」始得依獎勵投資條例第十七條規定或第十六條第一項規定不適用所得稅法結算申報之規定，以及夫妻應合併申報之意旨，並未變更，是六十三年判字第六七三號判例，自仍有其適用，所訴該判例係屬錯誤，應不再適用云云，核不足採。請駁回原告之訴等語。

#### 理 由

按「凡有中華民國來源所得之個人，應就其中華民國來源之所得，依本法規定課徵綜合所得稅。非中華民國境內居住之個人，而有中華民國來源所得者，除本法另有規定外，其應納稅額分別就源扣繳。」  
「本法稱中華民國境內居住之個人，指左列兩種：一、在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者。二、在中華民國境內無住所，而於一課稅年度內中華民國境內居留合計滿一百八十三天者。」  
「本法稱非中華民國境內居住之個人，係指前項規定以外之個人。」分別為行為時所得稅法第二條、第七條第二項及第三項所明定。而納稅義務人之配偶有所得稅法第十四條各類所得者，應由納稅義務人合併申報課稅，復為同法第十五條所規定。又所得稅法第二條第二項及當時獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之一所稱就源扣繳，係指非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅。本院著有六十三年判字第六七三號判例。再按「納稅義務人之配偶，不論係中華民國境內居住之個人或非中華民國境內居住之個人，凡有中華民國來源所得者，應由納稅義務人合併其配偶之所得申報課稅，不適用所得稅法第七十三條第一項就源扣繳之規定。」早經財政部五十九年九月十九日台財稅第二七一五九號令釋有案。本件被告初查對原告自行列報分離課稅之營利所得五二、六五八、〇九六

元，併計其綜合所得總額，核定其綜合所得淨額為八六、四四六、一三九元，發單課徵其七十六年度綜合所得稅。原告以其與配偶彭董 0 萍依華僑回國投資條例投資復 0 等公司，各該公司所給付股利應准依行為時獎勵投資條例第十六條第一項規定辦理，免再併入當年度綜合所得總額課稅云云，申經復查結果，以所得稅法第十五條規定：「納稅義務人之配偶及合於本法第十七條規定得申報減除扶養親屬寬減額之扶養親屬，有前條各類所得者，並由納稅義務人合併申報課稅。」依上開法條規定，納稅義務人之配偶，不論係「中華民國境內居住之個人」或「非中華民國境內居住之個人」，凡有中華民國來源所得者，應由納稅義務人合併其配偶之所得申報課稅。」為財政部五十九年九月十九日台財稅第二七一五九號函所明釋，又參照行政院六十三年度判字第六七三號判例意旨，「所得稅法第二條第二項及獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之一所稱就源扣繳，係指非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅。」本件依台北市政府警察局大安戶政事務所查覆，原告自七十三年六月間即在中華民國境內有住所，且系爭年度在境內居留二三八天，是原告為所得稅法第七條第二項第一款規定之中華民國境內居住者，應依同法第七十一條規定辦理結算申報，其配偶無論是否為中華民國境內居住者，依首揭規定，仍應由申請人合併其配偶之所得申報課稅，此有前揭行政院判例闡述甚明，原核定並無不合云云，乃未准變更。揆諸首揭法條、判例及令釋，並無違誤，訴願、再訴願決定，遞予維持，亦均無不合。原告訴稱其配偶彭董 0 萍係經濟部投資審議委員會核准回國投資之華僑，其七十六年度取自偉 0、復 0 及貿 0 三公司之股利計四 0、0 四八、0 九六元，依當時獎勵投資條例規定應就源扣繳所得稅款，而不適用所得稅法結算申報之規定，原處分不查，竟依屬普通法之所得稅法規定，將系爭所得併入原告當年度綜合所得總額，有違特別法優於普通法之法律適用原則云云。惟查原告自七十三年六月間將其戶籍遷入台北市金華街一四二號，有其戶籍謄本附原處分卷可按，其在中華民國境內既有住所，且七十六年度在國

內實際居留日數為二三八天，有內政部警政署入出境管理局之出入境記錄表附原處分卷足憑，則原告及其配偶董○萍均為行為時所得稅法第七條第二項第一款所稱之中華民國境內居住之個人，應無容疑。原告主張：原告夫妻以口頭約定以妻之住所為住所云云，顯與事實不符，不足採取。是原告既為中華民國境內居住之個人，依法有辦理綜合所得稅結算申報之義務，其配偶董○萍七十六年度在國內實際居留日數既在一百八十三天以上，多達二百五十三天，亦有內政部警政署入出境管理局之出入境記錄表附原處分卷可證，則其本期取自偉○、復○及貿○三公司之系爭股利，當為中華民國來源之所得，依法自應由原告合併申報課稅。是原處分將系爭股利併入原告七十六年度所得額中核計綜合所得稅，於法並無不合。原告雖主張其配偶取得之系爭股利，應優先適用當時獎勵投資條例第十七條就源扣繳之特別規定云云，惟查特別法優於普通法，固為法律適用之原則，但其優先適用係指「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者」而言，對照當時獎勵投資條例及所得稅法有關條文，當時獎勵投資條例並無優於所得稅法第七條第二項第一款之「在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者」，應適用所得稅法第七十一條第一項結算申報之規定，本件原告既屬所得稅法第七條第二項第一款所稱中華民國境內居住之個人，則其配偶董○萍取自中華民國來源之所得，自應由原告合併申報。況查原告就其為行為時所得稅法第七條第二項第一款所稱之中華民國境內居住之個人，並無爭執，則其配偶縱屬非中華民國境內居住之個人，而於本年度取得之系爭股利所得四○、○四八、○九六元，即應由原告依行為時所得稅法第十五條規定合併申報課稅，並無依行為時獎勵投資條例第十七條適用同條例第十六條第一項規定就源扣繳之餘地。又獎勵投資條例及所得稅法雖迭經修正，然「非中華民國境內居住之個人」始得依獎勵投資條例第十七條規定或第十六條第一項規定不適用所得稅法結算申報之規定，以及夫妻應合併申報之意旨，並未變更，是本院就上開規定所著六十三年判字第六七三號判例在未變更之前，自仍有其適用。上開判例係對六十年度綜合所得稅所為，其所引用之法律為行為時所得稅法第十五條，並參照財政部(59)台財稅字第二七一五九號令，本院發行之判例要旨就其參

考法條中：「獎勵投資條例」、「暨同條施行細則第二十五條之（一）」部分，以括弧註明為（五十九年十二月三十日修正公布）者，乃指其上之「獎勵投資條例」而言，並非指其施行細則第二十五條之（一）而言，此自「修正公布」之用語即可明瞭，不過該括弧所註明之位置錯誤，致有誤會，且上開判例所由根據之原判決理由原文並未引用獎勵投資條例施行細則第二十五條之（一）據以裁判，此有原判決可按，是上開判例之原來判決並無適用法令錯誤之問題，而判例要旨彙編所載與該判決原文所以不符，係於選為判例之時，其選用者因上開條例施行細則第二十五條之（一）業已頒行，將之列入作為參考，類此情形，早經本院發現，並已規定適錄判例要旨均以判決原文為之，不得加以增減，即在矯正此一缺失，是該判例意旨，與本件案情並無抵觸，原告主張該判例係屬錯誤，應不再適用云云，不無誤會。綜上所述，原告起訴意旨，難謂有理由，應予駁回。據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十二年十一月四日  
（本聲請書其餘附件略）

抄彭 0 剛聲請書三

受文者：司法院

主旨：為行政院確定判決適用該院六十三年判字第六七三號判例及民法第一千零零二條，抵觸憲法第七條、第十條、第十五條、第十九條疑義事件，聲請解釋。

說明：

壹、依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定辦理。

貳、聲請解釋憲法之目的：

行政院八十五年度判字第五六 0 號判決之確定判決（證一 - 一），有下列抵觸憲法之疑義：（一）上述判決中適用行政院六十三年度判字第六七三號判例增設之獎勵投

資條例（下稱獎投條例）第十六條及第十七條及所得稅法第二條及第七條未規定之條件，牴觸憲法第十五條人民財產權之保障，第十九條人民依法律納稅之義務。（二）上述判決適用民法第一千零零二條妻以夫之住所為住所之規定，認定為中華民國境內居住之個人，牴觸憲法第七條中華民國人民無分男女在法律上一律平等，第十條人民有居住遷徙之自由之規定，謹請鈞院大法官會議賜予解釋，用保人民之權益。

參、疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文：

一、疑義或爭議之性質與經過：

(一)緣聲請人之配偶董O萍自民國三十七年（公元一九四八年）即自大陸遷居設籍香港，取有香港政府發給之「香港永久性居民身分證：號碼D 000000」（證二 - 一）係香港華僑，取有中華民國僑務委員會及香港中華旅行社（政府派駐香港之機構）之華僑身分印鑑證明書（證二 - 二 - 三），內政部入出境管理局核發之「港澳僑胞專用入出境證」影本（證二 - 四）。迄未在中華民國境內隨配偶設立「戶籍」及「住所」，亦「未領取國民身分證」。

(二)響應政府號召依法回國投資報國擔任被投資公司經理人職務：董O萍君於七十四年間依華僑回國投資條例（下稱華投條例）規定，以華僑身分回國投資報國促進經濟起飛，申請經經濟部投資審議委員會（下稱投審會）分別專案核准回國投資不列三家公司並擔任經理人職務，茲檢附證明文件分述於後：

1. 經濟部投審會七十四年十月四日經投審（74）秘字第四二六九號函（證三 - 一）核准董O萍以華僑身分回國投資偉O運輸股份有限公司（下稱偉O運輸公司）新台幣（以下同）二、九九九、九五O元並擔任該公司監察人職務，檢附該公司經濟部變更登記事項卡並蓋有經濟部收文章為證（證三 - 二）。
2. 經濟部投審會七十四年九月十八日經投審（74）秘

字第四〇三七號函（證四 - 一），核准董〇萍以華僑身分回國投資貿〇倉儲股份有限公司（下稱貿〇公司）二五、六七八、九八〇元並擔任該公司副總經理職務，檢附該公司經濟部變更登記事項卡為證（證四 - 二）。

3. 經濟部投審會七十九年四月二日經投審（79）秘字第二二九六號函專案核准系案華僑董〇萍投資偉〇工業股份有限公司（下稱偉〇工業公司）新台幣三五、〇〇〇、〇〇〇元（證五 - 一）並擔任該公司副總經理職務，檢附經濟部變更登記事項卡影本（證五 - 二）。

4. 以上政府核准文件，足證董〇萍以華僑身分依華投條例及獎勵投資條例（下稱獎投條例）之規定，經政府專案核准回國投資公司之經理人屬實，應勿置疑。

(三) 聲請人配偶董〇萍奉准回國投資之營利事業所得，經於八十年度，依據行為時促進產業升級條例（下稱產升條例）第十一條（該條文與前獎投條例第十六、十七條相同，因七十九年屆期廢止移植於產升條例）之規定由各該被投資公司分別辦理扣繳稅款（證六）並於年終後通報當地稅務機關進入電腦列管為課稅資料有案，嗣依所得稅法第二條及第七條第二項及第三項規定如期辦理綜合所得稅申報上述所得為分離課稅之營利所得各在案。惟台北市國稅局將聲請人自行列報課稅營利所得中之配偶董〇萍上述該當年度之營利所得，併入聲請人該當年度綜合所得總額，另行核定聲請人之綜合所得淨額，補徵綜合所得稅。其併計課稅所得如下：

八十年度，聲請人原申報綜合所得稅總額為新台幣八七、八一四、四〇七元，淨額為八七、一八九、六二五元。台北市國稅局將聲請人已依產升條例扣繳

稅款並自行列報配偶董0萍之分離課稅之營利所得二四、七六二、二五四元，其中取自偉0運輸公司營利所得一八、0一三、三八三元、貿0公司營利所三五、九九六元、偉0工業公司營利所得六、七一二、八七五元，均併入八十年度聲請人之綜合所得總額內，核定綜合所得淨額為一一二、00一、八七九元計課綜合所得稅（下稱綜所稅）。

(四)行政訴訟判決確定駁回之理由：

聲請人不服台北市國稅局上述八十年度之課稅處分，乃就配偶董0萍取自偉0運輸公司、聯0公司及偉0工業公司營利所得部分，循法行政救濟，提起復查、訴願、再訴願及行政訴訟，嗣經行政法院八十四年度判字第二八四四號判決駁回（證一 - 二），經提起再審之訴，復遭該院八十五年判字第五六0號之確定判決駁回（證一 - 一）。判決駁回之重要理由，計有下列各點分述於後：

1. 判認產升條例無優於所得稅法規定之駁回理由：特別法優於普通法固為法律適用之原則，但其優先適用，係指法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者而言，就行為時促進產業升級條例及所得稅法有關條文，產升條例並無優於所得稅法第七條第二項第一款之「在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者」，應適用所得稅法第七十一條第一項結算申報之規定，則聲請人之配偶取自中華民國來源之所得，自應由聲請人合併申報，並無依行為時產升條例第十一條適用同條第一項規定就源扣繳之餘地。
2. 適用民法夫妻住所之駁回理由：行政法院之系案判決適用民法第一千零零二條規定，聲請人彭0剛為董0萍之夫既在中華民國境內設有住所，其配偶董0萍雖可由戶籍謄本證明未登記戶籍（證七），仍

予認定亦在中華民國境內有住所，聲請人主張與聲請人配偶經雙方口頭約定各以其住所為住所，並無證據足以證明。且聲請人之配偶董O萍於八十年度在中華民國境內居留超過一百八十三天，自屬有經常居住中華民國境內之事實，聲請人之配偶其自原經依華僑回國投資條例核准投資之事業所取得之股利，即無行為時促進產業升級條例第十一條規定適用。

3. 判依所得稅法駁回之理由：行為時所得稅法第二條：「凡有中華民國來源所得之個人，應就其中華民國來源之所得，依本法規定課徵綜合所得稅。非中華民國境內居住之個人，而有中華民國來源所得者，除本法另有規定外，其應繳納稅額分別就源扣繳。」同法第七條第二項及第三項之規定：「本法所稱中華民國境內居住之個人，指左列兩種：一、在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者。二、在中華民國內無住所，而於一課稅年度內在中華民國境內居留合計滿一百八十三天者」「本法稱非中華民國境內居住之個人，係指前項規定以外之個人」，認定本案納稅義務人之配偶董O萍有所得稅法第十四條各類所得，應依同法第十五條規定由納稅義務人合併申報課稅。
4. 適用行政法院判例駁回之理由：獎投條例第十七條所稱就源扣繳，行政法院判謂依據行政法院六十三年判字第六七三號判例之見解，係指「非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言，若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅」。產升條例第十一條係由前獎投條例第十六、十七條修法移植而來，行政法院乃以比照適用該判例作為本案判

決駁回之理由。

二、涉及之憲法條文：經查行政法院所為八十年課徵綜所稅處分之判決中涉及憲法條文者，厥為排除適用產升條例第十一條有關依華投條例核准回國投資就源扣繳分離課稅不再申報綜所稅之規定。而其依據卻為具有違反憲法規定疑義之行政法院六十三年度判字第六七三號判例，判指獎投條例第十七條就源扣繳之規定，應具有所得稅法第七條第二項及第三項所規定之「中華民國境內居住之個人」及「無配偶居住國境內」之兩項條件。復適用民法第一千零零二條妻以夫之住所為住所之規定為依據，以實其主張，惟查該條但書中「但約定者，從其約定」，並未規定約定須有書面或其他證據與排除口頭約定之文字，故有違反契約自由原則及增列法外限制約定條件之嫌，揆其上項判決理由所持法律見解，除涉違憲法第七條中華民國人民男女法律地位平等，第十條人民有居住及遷徙之自由規定外，並逾越特別法產升條例及所得稅法文義解釋之範圍，另行增設法律未規定課稅處分之限制條件，又涉牴觸憲法第十九條「人民有依法律納稅之義務」及憲法第十五條「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」之規定。

肆、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解：

一、聲請解釋憲法之理由：憲法第十九條規定：「人民有依法律納稅之義務」，亦即政府機關雖有依法課稅之公權力，但人民亦有排除非依法律課稅之憲法保障權，故中央法規標準法第五條規定「關於人民權利義務事項應以法律定之」之規定，在在顯示稅捐法律主義之原則，以防止國家稽徵行政權力之濫用，以落實憲法第十五條（經濟上之受益權）「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」之規定，藉以彰顯國家行政之法治精神。又憲法第七條（法律地位之平等）中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派在法律上一律平

等。憲法第十條（居住遷徙之自由），人民有居住遷徙之自由之明文規定，以保障人民男女法律地位平等與男女居住遷徙之自由。準此，復按民法第一千零零二條（夫妻之住所）「妻以夫之住所為住所 但當事人另有約定者，不在此限」之限制規定，兩者顯有牴觸而破壞男女法律地位平等之規定並損及女性權益。惟法律不得牴觸憲法、命令不得牴觸憲法或法律，為中央法規標準法第十一條所明定。各行政機關均應遵守之法律原則而受約束，且民法第二章第四節夫妻財產權及第四章中之監護權，男女法律地位不平等之規定部分，業經大院先後明確解釋，限期修法，足資為鑑，故各稅務機關源自法律規定之稽徵權亦僅能於法律規定範圍內依法課稅，自不得拾特別法之華投條例、獎投條例與產升條例中對華僑投資人營利所得適用就源扣繳分離課稅之納稅優惠規定而引用與憲法牴觸之民法限制妻住所規定而擴張稽徵權以圖利國庫，行政法院審理稅務行政訴訟案件，亦應限於就稽徵機關課稅處分中有無依照法律規定之範圍內審理，自亦不得於法律明文規定範圍外，藉司法權假六十三年度判字第六七三號判例增設現行法律內未規定之課稅條件，損害人民之財產權，此均與憲法規定有違。

二、聲請人對本案所持之立場與見解：

(一)對產升條例規定就源扣繳不適用所得稅法合併申報綜所稅部分之立場與見解：

1. 行為時促進產業升級條例第十一條（前為獎勵投資條例第十六條第一項第一款）之規定：「非中華民國境內居住之個人」，而有中華民國境內公司分配與股東之盈餘者，依「華僑回國投資條例申請投資經核准者」，其應繳納之所得稅，由所得稅法規定之扣繳義務人於給付時，按給付額或應分配額就源扣繳百分之二十，不適用所得稅法結算申報之規

定。足可證明產升條例規定以就源扣繳方式排除所得稅法合併結算申報而為特別規定之一。

2. 產升條例第十一條中「非中華民國境內居住之個人」身分之認定，除所得稅法第七條第二項及第三項之規定外，另於特別法產升條例第十一條內針對以華僑身分回國投資經營事業之實際需要，特別明文規定「依華僑回國投資條例核准在中華民國境內投資」，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，「於一課稅年度內在中華民國境內居留超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天時」，自該事業所分配之股利，得適用產升條例第十一條之規定，此又可證明為產升條例對所得稅法第七條第二項及第三項所為特別規定之二。

3. 特別法優於普通法：由於上述肆、二、（一）1.2. 關於特別法產升條例中對所得稅法內相同關係事項之特別規定，則聲請人之配偶董0萍早於七十四年間申請經濟部投審會依華僑回國投資條例核准回國投資偉0運輸、貿0、偉0工業等公司，並分別擔任副總經理、監察人或經理人職位等各在案，請參閱理由欄參、一、（二）、（三）點，縱於八十年度居留國內日數超過所得稅法所定之一百八十三天，但對其自偉0運輸、貿0、偉0工業等三家公司之投資營利所得，依據產升條例第十一條之規定，仍得適用就源扣繳之規定，又基於特別法優於普通法之法律適用原則，自應優先適用產升條例規定之就源扣繳分離課稅而不適用所得稅法合併結算申報之規定。

(二)對行政法院判決適用民法第一千零零二條認定聲請人之配偶董0萍為中華民國境內居住之個人，涉違憲法之立場與見解：

1. 行法院八十年度之系案判決中載有適用民法第一千零零二條「妻以夫之住所為住所」之規定，而判認聲請人之妻董0萍在中華民國境內有住所而為中華民國境內居住之個人，自屬限制聲請人配偶董0萍之居住自由，牴觸憲法中男女法律地位平等與居住遷徙自由之規定。又對聲請人之配偶以華僑回國投資人身分，經營管理之需要，依產升條例第十一條規定申經內政部出入境管理局核准居留國內日數超過之一百八十三天之事實（證二 - 四），判決中均拾棄內政部境管局依法核發「港澳僑胞專用入出境證」之法律依據與原因之事實，並判決認定聲請人之配偶為所得稅法第七條第二項第一款及第二款所稱之「中華民國境內居住之個人」，再而適用所得稅法第七十一條第一項結算申報之規定，核課綜合所得稅。尤以該利用民法違憲規定而認定為中華民國境內居住個人之身分，自有牴觸憲法第七條及第十條及違反中央法規標準法第十一條之規定，彰然若揭。
2. 另以法律之觀點分析民法與所得稅法規定「住所」定義之不同及對本案之立場：所得稅法第七條對於說明「非中華民國境內居住之個人」之定義與民法第一千零零二條「住所」之定義，因立法目的之不同，法律文字之定義顯不一致。所得稅法第七條第二項規定「中華民國境內居住之個人」，從法律文字觀之，其在中華民國境內有無住所及是否為中華民國境內居住之個人，兩者之間並無明定其互為因果之當然關係要件，有住所者不一定為中華民國境內居住之個人，無住所者仍有可能為中華民國境內居住之個人。行政法院判決逕適用以民法第一千零零二條「夫妻住所」之規定轉而適用於所得稅法所稱之「中華民國境內居住之個人」，既不合邏輯原

則亦於理難直，舉例如下：本案「妻」董0萍為華僑而「夫」彭0剛在國內設有住所，判決依據民法一千零零二條規定認定「妻」董0萍在國內亦設有住所，又以妻在一課稅年度內在國內居留期間超過一百八十三天，而認定為「中華民國境內居住之個人」，「妻」本身縱有擔任被投資公司董事、監察人或經理人職位，並有依產升條例規定以經營被投資公司之理由申經內政部境管局核准居留等之兩項法定條件，判決仍認為不得依據所得稅法第七條第二項第二款、產升條例第十一條（前獎投條例第十七條）之規定，享受就源扣繳之納稅優惠。反之，如「夫」為華僑在國內無住所，而「妻」在國內設有住所，其「夫」未經常居住國內，依法仍為「非中華民國境內居住之個人」，其以華僑身份核准回國投資，雖有擔任被投資公司之董事、監察人或經理人職位而停留國內超過一百八十三天，依行政院適用民法第一千零零二條妻以夫之住所為住所之主張，仍可依產升條例第十一條（前獎投條例第十七條）之規定，適用就源扣繳分離課稅之規定享受納稅之優惠，兩例相較，所得稅法第七條第三項「非中華民國境內居住之個人」之身份如依據民法第一〇〇二條夫妻住所作基礎而認定，則顯使夫在國內有住所而身為華僑之妻方，必將不能享受產升條例第十一條（前獎投條例第十七條）及所得稅法第七條第二項第二款就源扣繳之納稅優惠之權益。足證行政院六十三年判字第六七三號判例所指「就源扣繳係以其非中華民國境內居住之個人且無配偶居住國內之情形而言」之瑕疵畢現，自屬有違憲適用法律之嫌。

(三)對行政院判決適用六十三年判字第六七三號判例之所持之立場與見解：

1. 判例相當於法律或命令得為請求釋憲之對象：

現行司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局判決所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」又依據大法官會議第一五四號解釋理由：「最高法院及行政法院判例，在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第四條第一項第二款之適用」，故行政法院對系案終局判決適用之判例，得請求解釋憲法。

2. 行法院六十三年判字第六七三號判例內載：「所得稅法第二條第二項及獎勵投資條例第十七條（現修法為產升條例第十一條）暨同條例施行細則第二十五條之一所稱就源扣繳，係以其非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅」。

3. 判例逾越產升條例就源扣繳規定之範圍：

行為時產升條例之立法目的為促進產業升級，健全經濟發展，故以納稅優惠鼓勵華僑回國投資條款而於第十一條中規定：「非中華民國境內居住之個人及在中華民國境內無固定營業場所之營利事業，而有中華民國境內公司之分配與股東之盈餘，或合夥人應分配之盈餘所得者，依左列規定扣繳所得稅，不適用所得稅結算申報之規定：一、依華僑回國投資條例或外國人投資條例申請投資經核准者，其應納之所得稅，由所得稅法規定之扣繳義務人於給付時，按給付額或應分配額扣繳百分之二十」。二、非依華僑回國投資條例或外國人投資條

例申請投資經核准者，其規定均與本案無涉，從略。另行為時所得稅法第二條第一項、第二項規定「凡有中華民國來源所得之個人，應就其中華民國來源之所得依本法規定課徵綜合所得稅」；「非中華民國境內居住之個人，而有中華民國來源之所得，除本法另有規定外，其應納稅額分別就源扣繳」。以上產升條例與所得稅法之規定，厥為非中華民國境內居住之個人，適用就源扣繳之法律基本規定：

- (1)關於「非中華民國境內居住之個人」之法律界定意義：所得稅法第七條第二項規定：「本法稱中華民國境內居住之個人，指左列兩種：一、在中華民國境內有住所，並經常居住於中華民國境內者。二、在中華民國境內無住所，而於一課稅年度內在中華民國境內居留合計滿一百八十三天者。」同法條第三項規定：「本法稱非中華民國境內居住之個人，係指前項規定以外之個人。」該「前項規定以外之個人」，所得稅法雖未明釋，但產升條例第十一條對此已有明確之規定而為呼應，容後敘。
- (2)產升條例對所得稅法規定事項之特別規定：政府為謀求經濟發展，極需外資進入國內，尤以鼓勵華僑回國投資為首，惟為鼓勵華僑回國之興趣，排除現行稅法中無鼓勵性與非優惠性之規定，明確規定租稅優惠之誘因，為此特別對國外華僑之非中華民國境內居住之個人回國投資者，特於產升條例第十一條中明確規定，依華僑回國投資條例核准在中華民國境內投資者之納稅優惠條件，以特別立法排除所得稅法適用之法律文字，如：該條第一項規定由所得稅法規定扣繳義務人按給付額扣繳百分之二十，不再適用所得稅法結算申

報之規定，請參閱前述肆、二、（三）不再重述。嗣該條第二項「非中華民國境內居住之個人，經依華僑回國投資條例或外國人投資條例核准在中華民國境內投資，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度內在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項之所定一百八十三天時，其自該事業所分配之股利，適用前項之規定。」俾使回國投資並親自參與經營管理而擔任董、監事或經理人之華僑，縱然居留中華民國境內之日數超過一百八十三天而有中華民國來源之營利所得，仍可享受適用就源扣繳之納稅優惠之特別規定。該條例之居留國內超過一八三天，法律效力優於所得稅法第七條第二項所為之相同規定，法意明確而肯定，應勿置疑。

- (3)判例牴觸憲法之規定：經查上述所得稅法及獎投條例之規定，著重在非中華民國境內居住個人之華僑身分而申請核准投資與實際參與經營者之事實為就源扣繳分離課稅納稅優惠之條件，迄未規定結婚對象是否為中華民國之公民及回國投資之華僑之配偶是否在中國境內有住所為其異於就源扣繳分離課稅之條件，故六十三年判字第六七三號判例中增設之「無配偶居住國內」始能適用就源扣繳分離課稅之條件，顯已逾越所得稅法及產升條例兩者所定之課稅範圍，自有牴觸憲法第十五條保障財產權及第十九條依法律納稅之規定。

伍、本案曾於行政訴訟起訴狀理由中，引述鈞院釋字第三七一號解釋，列舉本案處分適用法律涉有牴觸憲法之疑義，懇請裁定停止訴訟程序並先行聲請解釋憲法，以求解決而未獲准，謹予說明。

陸、綜上論結：請求鈞院大法官會議對行政院八十五年判字第

五六〇號確定判決中所適用之行政法院六十三年度判字第六七三號判例牴觸憲法第十五條、第十九條之規定，及適用民法第一千零零二條規定牴觸憲法第七條、第十條之規定，均賜予違憲審理，並宣告其違反憲法規定而確立憲法保障人民權益之法意，以彰法治，國家幸甚！人民幸甚！

柒、證明文件之名稱與件數：

- 一、行政院八十年綜合所得稅行政訴訟案之八十五年度判字第五六〇號再審判決書影本（證一 - 一）。八十四年度判字第二八四四號判決書影本（一 - 二）。
  - 二、香港永久性居民身份證影本（證二 - 一）、董〇萍之香港中華旅行社及中華民國僑務委員會之華僑身份印鑑證明書影本（證二 - 二 - 三）、內政部入出境管理局核發之港澳僑胞專用入出境證影本（證二 - 四）。
  - 三、經濟部投資審議委員會七十四年十月四日經投審<sup>(74)</sup>秘字第四二六九號核准投資偉〇運輸股份有限公司函影本（證三 - 一）、經濟部變更登記事項卡影本（證三 - 二）。
  - 四、經濟部投資審議委員會七十四年九月十八日經投審<sup>(74)</sup>秘字第四〇三七號核准投資貿〇股份有限公司函影本（證四 - 一）、經濟部變更登記事項卡影本（證四 - 二）。
  - 五、經濟部投資審議委員會七十九年四月二日經投審<sup>(79)</sup>秘字第二二九六號核准投資偉〇工業股份有限公司函影本（證五 - 一）、經濟部變更登記事項卡影本（證五 - 二）。
  - 六、八十年度偉〇運輸股份有限公司、貿〇股份有限公司及偉〇工業股份有限公司之扣繳憑單影本。
  - 七、彭〇剛之戶口名簿影本。
- 另附代理聲請釋憲委任書正本。

謹 呈  
司法院 公鑒

聲請人：彭○剛

聲請人代理人：張萬傑 律師

中 華 民 國 八 十 五 年 六 月 十 五 日

附件一、之（一）

行政法院判決

八十五年判字第五六〇號

再 審 原 告 彭○剛

（住略）

訴訟代理人 張萬傑 律師

再 審 被 告 財政部臺北市國稅局

上當事人間因綜合所得稅事件，再審原告對本院中華民國八十四年十一月十六日八十四年度判字第二八四四號判決提起再審之訴。本院判決如下：

主 文

再審之訴駁回。

事 實

緣再審原告八十年度綜合所得稅結算申報，原申報綜合所得額新台幣（下同）八七、八一四、四〇七元，淨額為八七、一八九、六二五元。再審被告初查將其自行列報之分離課稅營利所得二四、七六二、二五四元，併入當年度綜合所得總額，核定其綜合所得淨額為一一、〇〇一、八七九元。再審原告就其配偶彭董○萍取自偉○運輸股份有限公司（以下簡稱偉○運輸公司）、貿○倉儲股份有限公司（以下簡稱貿○公司）及偉○工業股份有限公司（以下簡稱偉○工業公司）之營利所得共計二四、七六二、二五四元部分，申經復查結果，未准變更，提起訴願，再訴願，遞遭決定駁回，提起行政訴訟，亦經本院八十四年度判字第二八四四號判決駁回。再審原告以原判決適用法規顯有錯誤，對之提起再審之訴，茲摘敘兩辯意旨於次：

再審原告起訴意旨及補充理由略謂：壹、本案系爭標的之股利類別與取得人身份判認錯誤：一、本案訟爭起因之判認錯誤：（一）訟爭之起因：原告配偶華僑董○萍自七十四年起先後三次呈「經濟部核准華僑回國投資取得之股利」，七十四年、七十五年度再審被告均准依華

僑回國投資條例與獎勵投資條例就源扣繳分離課徵所得稅，並均存有檔案可稽，為再審被告不爭。八十年度再審被告不准就源扣繳，另為合併申報課稅處分，始有本案訴訟，再審被告與判決對此亦不辯解而認同事實。判決理由中未敘明本案發生原因證據事實與構成投資所得之屬性類別，如同人有男女，案因性別而異，不究性別，即爭因未明，同理，判決理由自與主文前後矛盾。（二）華僑回國投資條例限制條件與中華民國境內居留個人投資者不同，判決未承依同條例規定與案件證據予以斟酌：1.查華僑投資之出資種類與資金來源，依照華僑回國投資條例第三條均有嚴格限制，如(1)該條第二款「匯入或攜入外匯構成之現金」，第三款「自備外匯輸入之自用機器設備或原料等之必須國外資金移入國內投入生產事業限制條件。(2)該條例第七條投資申請手續。(3)該條例第八條出資之報請查核及違反之處置。(4)該條例第二十三條虛偽情事之處罰。(5)經投審會七十四年十月四日經投審(74)字第四二六七九號函說明五、七十四年九月十八日經投審(74)秘字第四0三七號函說明三中，均有載明：「本案應在中華民國境內成交，且轉受讓雙方不得在國內以新台幣支付價款，應以外匯承購或在國外支付」等頗多限制條件，符合上述法定條件者，經濟部審明後始准以華僑身份回國投資與投資所得享有產升條例中之租稅優惠之獎勵。但請注意者，為中華民國境內居留個人之投資，法律則未有上項投資資金限制之規定，僅可利用其在國內之資金作為投資之資金，兩者在法律上具有頗大之差異，故同為投資營利所得：一、為華僑回國投資營利所得，一為中華民國境內居留者之投資營利所得，足證投資人因身分之不同而異其投資限制與優惠條件之法律規定，且一為特別法之規定，一為公司法中對一般人民投資之規定，因而立法制頒產升條例第十一條、前為獎投條例第十六、十七條對華僑回國投資所得之分離課稅，就源扣繳之特別規定，兩者區分至為明確，憾未就上述證據斟酌判正。2.兩者法律規定之課稅方式不同；華僑回國投資所得者依產升條例第十一條就源扣繳分離課稅，中華民國境內居留投資所得者依所得稅法規定合併申報。（三）本案董0萍之華僑身分之投資與投資所得，誤判為中華民國境內居留個人身分之投資與投資所得，又因未承究明判正，環環相扣，前錯導致後誤，致有理由中之證據事實

與主文之矛盾，進而導致結論適用課稅法律之錯誤。二、案情因果證據未予合併論究，適用法律之錯誤：（一）審理案件須依據因果證據與事實究明案情發生始末，不得切割臆斷案情證據，斷章取義，為執法者堅守不變之原則。本案發生肇因於經濟部依華僑回國投資條例專案核准董O萍以華僑身分攜國外資金回國投資上述國內三公司。復查系爭偉O運輸公司之七十四與七十五年度股利所得，再審被告已核准就源扣繳並有檔卷紀錄可稽。為其不爭不辯之證據事實。茲其特就董O萍八十年度取得上述該公司之股利所得，與前案情況完全相同，竟不准就源扣繳而以合併申報課徵綜所稅處分，自係將同人、同事實、同華僑回國投條例規定，案發與行為時不可分之案情予以前後分割，捨棄核准本案時之原因事實法律依據與以前年度核准就源扣繳之證據，截取後年度之同案投資所得另為處分。本案三公司中之另兩系案公司亦同，雖然華僑投資後之延續年度不同，但投資所得之類別屬性與發生之原因則一，沒有投資焉有投資所得，兩者具有密不可分之因果關係，本判決未予分別究明採證本案華僑投資營利所得發生之原因，再審被告倒果為因，而不以華僑投資論斷，判決理由與主文顯有不符與矛盾。（二）判決捨棄本案證據事實與本案華僑董O萍核准回國投資之當時法律規定 - 華投條例、產升條例與獎投條例等，並概予忽視上述特別法三條例之存在與投資行為所發生之事實法律關係，另以普通法之所得稅法與民法規定而為判決，自係分割案情因果關係證據斷章取義，適用法律顯有偏頗，而有率斷之嫌，殊難折服。貳、增設課稅條件超越現行法律規定範圍之誤：憲法第十九條規定：「人民有依法律納稅之義務」，亦即政府機關雖有依法課稅之公權力，但人民亦有排除非依法律課稅之憲法保障權，故中央法規標準法第五條規定「關於人民權利義務事項應以法律定之」之規定，在在顯示稅捐法律主義之原則，以防止國家稽徵行政權力之濫用，以落實憲法第十五條（經濟上之受益權）「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」之規定，藉以彰顯國家行政之法治精神。又憲法第七條（法律地位之平等），中華民國人民、無分男女、宗教、種族、階級、黨派在法律上一律平等。憲法第十條（居住遷徙之自由），人民有居住遷徙之自由之明文規定，以保障人民男女法律地位之平等與男女居住遷徙

之自由。準此，復按民法第一千零零二條（夫妻之住所）「妻以夫之住所為住所 但當事人另有約定者，不在此限」之限制規定，兩者顯有牴觸而破壞男女法律地位平等之規定並損及女性權益。惟法律不得牴觸憲法、命令不得牴觸憲法或法律，為中央法規標準法第十一條所明定。各行政機關均應遵守之法律原則而受約束，且民法親屬編第二章第四節夫妻財產權及第四章中之監護權，男女法律地位不平等之規定部分，業經司法院先後明確解釋，限期修法，足資為鑑。故各稅務機關源自法律規定之稽徵權，亦僅能於法律規定範圍內依法課稅，自不得捨特別法華投條例與產升條例中對華僑投資人營利所得適用就源扣繳分離課稅之納稅優惠規定而引用與憲法牴觸之民法限制妻住所及棄置產升條例核准華僑回國投資人境內居留規定而擴張稽徵權以圖利國庫。大院為最高行政救濟機關審理稅務行政訴訟案件，亦應限於就稽徵機關課稅處分中有無依照法律規定之範圍內審理，自亦不得於法律明文規定範圍外，藉司法權假六十三年度判字第六七三號判例增設現行法律內未規定之課稅條件，損害人民之財產權，此均與華投條例、產升條例、中央法規標準法及憲法規定有違。參、不適用產升條例特別規定就源扣繳而適用所得稅法一般規定合併申報綜所稅部分之適用法律錯誤：一、行為時產升條例第十一條之規定：「非中華民國境內居住之個人」，而有中華民國境內之公司分配與股東之盈餘者，依華僑回國投資條例申請投資經核准者，其應繳納之所得稅，由所得稅法規定之扣繳義務人於給付時，按給付額或應分配就源扣繳百分之二十，不適用所得稅法結算申報之規定」，及同條例第二條規定本條例與其他法律之適用順序，足可證明為產升條例規定以就源扣繳方式排除所得稅法合併結算申報所為之同一事項特別規定，文字明確可查，判決理由指謂無特別規定之語，用法顯有錯誤。二、產升條例第十一條中「非中華民國境內居住之個人」身分之認定，除所得稅法第七條第二項及第三項之規定外，另特別法產升條例第十一條內針對以華僑身分回國投資經營事業之實際需要，特別明文規定「依華僑回國投資條例核准在中華民國境內投資，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度內在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三

天時」，自該事業所分配之股利，得適用產升條例十一條之規定。此又可證明為產升條例對所得稅法第七條第二項及第三項同一事項所為之特別規定，文字明確可查，判決理由指謂無特別規定之言，用法有誤。三、以判例推翻特別法優於普通法殊值商榷：由於上述參、一、二、關於特別法產升條例中對所得稅法內相同關係事項之特別規定，則再審原告之配偶董0萍早於七十四年間申請經經濟部投審會依華僑回國投資條例核准回國投資偉0運輸、貿0倉儲與偉0工業等公司，並分別擔任副總經理或經理人職位等各在案。縱於八十年度居留國內日數均超過所得稅法所定之一百八十三天，但對其取自偉0運輸、貿0倉儲、偉0工業等三家公司之投資營利所得，依據產升條例第十一條之規定，仍得適用該條就源扣繳之規定。又基於特別法優於普通法之法律適用原則，自應優先適用產升條例規定之就源扣繳分離課稅而不適用所得稅法合併結算申報之規定。以判例推翻特別法之明文規定，其適法性，殊值商榷。請再斟酌。肆、本案捨棄入境證據適用民法第一千零零二條認定華僑配偶董0萍為中華民國境內居住之個人，涉及逾越法律規定範圍之錯誤：（一）大院八十年度系案判決中均有參用民法第一千零零二條「妻以夫之住所為住所」之規定，而判認董0萍在中華民國境內有住所（事實上境內無住所）而為中華民國境內居住之個人，自屬限制原告配偶董0萍之居住自由，牴觸憲法中男女法律地位平等與居住遷徙自由之規定。又對董0萍以華僑回國投資人身分，經營管理之需要，依產升條例第十一條規定申經內政部入出境管理局核准居留國內日數超過之一百八十三天之事實，判決中均捨棄內政部境管局依法核發「港澳僑胞專用入出境證」之法律依據與原因之事實，並判決認定原告之配偶為所得稅法第七條第二項第一款及第二款所稱之「中華民國境內居住之個人」，轉而適用所得稅法第七十一條第一項結算申報之規定，核課綜合所得稅。尤以利用該民法違憲規定而認定為中華民國境內居住個人之身分，自有牴觸憲法第七條及第十條及違反中央法規標準法第十一條之規定，並逾越產升條例第十一條規定範圍而彰然若揭。（二）另以法律之立場析述民法與所得稅法規定住所定義之不同，證明本案判決適用法律之錯誤：所得稅法第七條對於說明「非中華民國境內居住之個人」之定義與民法第一千零

零二條「住所」之定義，因立法目的之不同，法律文字之定義顯不一致。所得稅法第七條第二項規定「中華民國境內居住之個人」，從法律文字觀之其在中華民國境內「有」「無」住所及是否為中華民國境內居住之個人，兩者之間並無明定其互為因果之當然關係要件，有住所者不一定為中華民國境內居住之個人，無住所者仍有可能為中華民國境內居住之個人。再審被告與大院判決主張理由以民法第一千零零二條「夫妻住所」之規定為基礎，先以再審原告彭O剛在境內有住所，轉而適用於所得稅法所稱之「中華民國境內居住之個人」而認定董O萍為中華民國境內居住之個人，既不合邏輯原則亦於理難直。舉例如下：本案「妻」董O萍為華僑而「夫」彭O剛在國內設有住所，判決依據民法第一千零零二條規定認定「妻」董O萍在國內亦設有住所，又以妻在一課稅年度內在國內居留期間超過一百八十三天，而認定為「中華民國境內居住之個人」，「妻」本身縱有擔任被投資公司董事、監察人或經理人職位，並有依產升條例規定以經營被投資公司之理由申經內政部境管局核准居留等之兩項法定證據條件，判決仍認為不得依據所得稅法第七條第二項第二款、產升條例第十一條之規定，享受就源扣繳之納稅優惠。反之，如「夫」為華僑在國內無住所，而「妻」在國內設有住所，其「夫」未經常居住國內，依法仍為「非中華民國境內居住之個人」，其以華僑身分核准回國投資，雖有擔任被投資公司之董事、監察人或經理人職位而停留國內超過一百八十三天，依大院適用民法第一千零零二條妻以夫之住所為住所之主張，仍可依產升條例第十一條之規定，適用就源扣繳分離課稅之規定享受納稅之優惠。兩例相較，所得稅法第七條第三項「非中華民國居住之個人」之身份如依據民法第一千零零二條夫妻住所作基礎而認定，則顯使夫在國有住所而身為華僑之妻方，必將不能享受產升條例第十一條及所得稅法第七條第二項第二款就源扣繳之納稅優惠之權益。足證判決理由中所引大院六十三年判字第六七三號判例所指「就源扣繳係以其非中華民國境內居住之個人且無配偶居住國內之情形而言」及財政部五十九年九月十九日台財稅第二七一五號函釋之瑕疵畢現，證非產升條例、獎投條例之立法原意，擴張解釋，援例用法仍不無偏頗之誤。董O萍迄今仍未在中華民國境內設立「戶籍」、「住

所」、「未領身分證」戶籍法上之法定身分證件，被告所給董O萍之外僑納稅編號為「19410918 PE」並非身分證號碼，足證被告亦將其歸屬外僑並非中華民國境內有住所之個人。外僑身份者之綜所稅個案處理與在中華民國境內設有戶籍住所者綜所稅合併申報之方式不同，被告兩種不同之處分事實，更與本案判決合併申報之意旨矛盾。

(三) 大院判決適用與現行有效法律衝突矛盾之六十三年判字第六七三號判例之誤：1. 行政法院六十三年判字第六七三號判例內載：「所得稅法第二條第二項及獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之一所稱就源扣繳，係以其非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國之納稅義務人，則他方縱居住國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅」。2. 判例逾越產升條例就源扣繳規定範圍之錯誤：行為時產升條例之立法意旨為獎勵投資，故以納稅優惠鼓勵華僑回國投資而於第十一條規定：「非中華民國境內居住之個人及在中華民國境內無固定營業場所之營利事業，而有中華民國境內公司之分配與股東之盈餘，或合夥人應分配之盈餘所得者，依左列規定扣繳所得稅，不適用所得稅法結算申報之規定：一、依華僑回國投資條例或外國人投資條例申請投資經核准者，其應納之所得稅，由所得稅法規定之扣繳義務人於給付時，按給付額或應分配額扣繳百分之二十」。另行為時所得稅法第二條第一項、第二項規定「凡有中華民國來源所得之個人，應就其中華民國來源之所得依本法規定課徵綜合所得稅」；「非中華民國境內居住之個人，而有中華民國來源之所得，除本法另有規定外，其應納稅額分別就源扣繳」。以上產升條例與所得稅法之規定，厥為非中華民國境內居住之個人，適用就源扣繳之法律基本規定，至非依華僑回國投資條例或外國人投資條例申請投資經核准者，其取得所得與納稅條件，所得稅法第一、二、四章中均有與產升條例第十一條不同之申報納稅規定，兩者明確區分。本案處分適用法律混淆為訟爭之源：(1) 關於「非中華民國境內居住之個人」之法律界定意義：所得稅法第七條第二項規定：「本法稱中華民國境內居住之個人，指左列兩種：一、在中華民國境內有住所，並經常居住於中華民國境內者。二、在中華民國境內無住所，而於一課稅年度內在

中華民國境內居留合計滿一百八十三天者。同法條第三項規定：本法稱非中華民國境內居住之個人，係指前項規定以外之個人」該「前項規定以外之個人」，所得稅法雖未明釋，但產升條例第十一條中對此已有明確之特別規定而為呼應，以濟其短，俾免執法者誤解而滋生疑端，析述於后：(2)產升條例對所得稅法規定事項之特別規定：政府為謀求經濟發展，極需外資進入國內，尤以鼓勵華僑回國投資為首，惟為鼓勵華僑回國之興趣，排除現行稅法中無鼓勵性與非優惠性之規定，明確規定租稅優惠之誘因，為此特別對國外華僑之非中華民國境內居住之個人回國投資者，特於產升條例第十一條中明確規定，依華僑回國投資條例核准在中華民國境內投資者之納稅優惠條件，以特別立法排除所得稅法適用之法律文字，如「非中華民國境內居住之個人，經依華僑回國投資條例或外國人投資條例核准在中華民國境內投資，並擔任該事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度內在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七條第二項第二款所定一百八十三天時，其自該事業所分配之股利，得適用前項之規定。」前獎投條例第十六、十七條中亦有相同之規定，俾使回國投資並親自參與經營管理而擔任董、監事或經理人之華僑，縱然居留中華民國境內之日數超過一百八十三天而有中華民國來源之營利所得，仍得享有適用就源扣繳之納稅優惠之特別規定。該條例規定之居留國內超過一八三天，法律效力優於所得稅法第七條第二項所為之相同規定，法意明確肯定而杜爭議，惟將該境內居留超過一八三天以上引用行政命令財政部八十年七月三日台財稅第00八六九七二八一號函釋，判解為經常住在國內而為中華民國境內居留人之判認條件，仍以無優先為判決，顯有失誤。(3)判例牴觸憲法之規定：經查上述所得稅法及獎投條例之規定，著重在非中華民國境內居住個人之華僑身份而申請核准投資與實際參與經營者之事實為就源扣繳分離課稅納稅優惠之條件，迄未規定結婚對象是否為中華民國之公民及回國投資之華僑之配偶是否在中華民國境內有住所為其異於就源扣繳分離課稅之條件，故六十三年判字第六七三號判例及財政部五十九年台財稅第二七一五九號函釋中增設之「無配偶居住國內」始能適用就源扣繳分離課稅之條件，自有牴觸憲法第十五條保障財產權及第十九

條依法律納稅之規定，顯已逾越所得稅法及產升條例兩者所定之課稅範圍。(4)明令放寬不論是否攜帶眷屬子女回國定居，均得就源扣繳百分之二十之租稅優惠：財政部七十五年四月十七日台財稅第七五二一五五三號函行政院香港小組，載明副本抄送被告北市國稅局，主旨：「依華僑回國投資條例核准回國投資，並擔任該核准投資事業之董事、監察人或經理人者，如因經營或管理其投資事業需要，於一課稅年度在我國境內居留期間超過一百八十三天時，不論其是否攜帶子女回國定居，其自該投資條例所分配之股利，均得依獎勵投資條例第十七條規定，適用同條例第十六條第一項第一款規定，就源扣繳百分之二十所得稅。」，財政部為鼓勵華僑回國投資既明令放寬鼓勵條件寬至攜帶眷屬子女回國定居者仍可就源扣繳之範圍。上述眷屬二字，自應解為包括配偶之夫或妻；上述定居二字，自應解為包括久居境內超過一百八十三天並登記設立戶籍，足見放寬範圍頗大，況上述函釋針對香港華僑而為，董O萍為香港華僑，自應適用。六十三年判字第六七三號判決及本案判決理由第十八中所依據財政部五十九年九月十九日台財稅字第二七一五九號對所得稅法之令釋，兩者均在七十五年函釋之前，依後令推翻前令之法律適用原則，自應依後者辦理，憾被捨棄而採用五十九年者，仍固守判例與前令而與主管機關財政部之後釋矛盾，請再斟酌。伍、兩種法律與解釋規定不一時，應適用最有利當事人者為準：本案華僑回國投資法律與釋函規定寬嚴不一，有利華僑回國投資者，計有華投條例、產升條例及財政部七十五年四月十七日台財稅第七五二一五五三號函（證十一）等，有利稅收國庫者，判決理由中列舉計有所得稅法、財政部五十九年九月十九日台財稅第二七一五九號令等，以上各項規定之納稅權益寬嚴差距頗大，誠為本案爭議關鍵。經查中央法規標準法第五條「應以法律規定之事項」、第六條「命令訂定事項之限制」、第十一條「法令之位階」、第十六條「特別法優於普通法之原則」、第十八條「從新從優原則」。又產升條例第二條，本條例與其他法律適用之順序，但書「但其他法律規定較本案條例更有利者，適用最有利之法律」等，事關人民權益，已有明確之規定，亦在在表明應適用法律之原則，自應就對當事人最有利者為之。陸、對於被告答辯之爭議：一、對於答辯理由一，第十行，

再審原告所爭議者為六十三年判字第六七三號判例而為本案判決，深有超越獎勵投資條例第十七條及同條例施行細則第二十五條之一、促進產業升級條例第十一條及所得稅法第二條第二項之法律文字規定範圍。嗣司法院釋字第三七一號規定「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法」，懇請大院賜准報請大法官會議解釋，其結果如該判例解釋為正確，嗣後政通人和，人民遵行不再質疑，如為撤銷，足示大院執法公正，審理案件寬容坦蕩之風範，萬民讚仰，請斟酌。

二、對於答辯理由一、第十五行，再審原告所爭議者為財政部之函釋為行政命令，據該命令而為判決，而該命令解釋顯有牴觸憲法與逾越所得稅法第二條第二項、第七十三條第一項、獎勵投資條例第十七條及促進產業升級條例第十一條之規定之範圍，對照命令與上述各項法律之文字確有不符，懇請斟酌函請大法官會議解釋，該命令有否違反憲法規定，以息徵納雙方爭議，無任企待。

三、對於答辯理由三、第一行，（一）經查民法第一千零零二條之但書規定文字：「但約定夫以妻之住所為住所或妻以贅夫之住所為住所者從其約定」。上述「約定」兩字，並無規定必須以「書面約定」及「口頭約定」無效之文字，亦即書面或口頭約定均可，況夫妻間日夜相處瑣事萬端，強以事必書面約定或覓具證人作證而不准口頭約定等，均有違常情，於法亦不合。換言之，即有書面約定亦可疑其臨訴補辦？爭議仍多，本案彭0剛與董0萍夫妻口頭約定各以其設籍住所為住所，自屬適法。難以認定其在中華民國境內有住所。（二）民法第一千零零二條前段「妻以夫之住所為住所」規定牴觸憲法第七條（平等權）：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」之規定，迭經婦女團體遊行抗議為男女不平等之法律而違憲，損害人民權益，再審被告之辯更可證明。司法主管單位正在修法中，請依司法院釋字第三七一號賜准報請大法官解釋該民法第一千零零二條規定及引該條規定課稅損及人民權益之處分與判決。

四、對於答辯理由三、第三行，再審原告就本點所爭議者為其配偶董0萍居留國境內二四二天，係依華僑回國投資條例及促進產業升級條例第十一條第二項之明確規定「於一課稅年度內在中華民國境內居留期間超過所得稅法第七

條第二項第二款所定一百八十三天時，自該事業所分配之股利，得適用前項之規定」。董O萍基於香港華僑回國投資擔任公司經理人之證明身分，依法申請內政部入出境管理局核准者，詳見再審狀理由欄，「得」與「不得」適用前項規定，上述法律爭議與判決認定之事實，有否違反憲法規定，請依司法院釋字第三七一號解釋報請大法官明釋，以昭公允。五、對於答辯理由四、第二行，再審原告所爭議者：（一）促進產業升級條例既已明確規定華僑回國投資（董O萍條件證據符合）取得中華民國境內公司股利之所得，由所得稅法規定之扣繳義務人於給付時按給付額扣繳百分之二十，對照「所得稅法第七十三條第一項就源扣繳」之規定，自係相同事項而作特別規定。（二）同該條例第十一條第一項末段「不適用所得稅法結算申報之規定」，對照「所得稅法第七十一條第一項結算申報之規定」，自係相同事項之特別規定。（三）以上兩者，再審被告所辯不足採。大院據以判決自有牴觸憲法之疑，懇請斟酌賜依司法院釋字第三七一號報請大法官會議解釋，以息爭議。七、綜上所述，本案行政訴訟判決適用民法、大院判例、財政部函釋所得稅法條文等，捨棄華僑回國投資條例、促進產業升級條例之規定所為原告之訴駁回，顯有適法律錯誤違憲之疑，請准判決廢棄或賜准依司法院第三七一號解釋函請大法官解釋，以資適法而止爭議。

再審被告答辯意旨略稱：一、按「凡有中華民國來源所得之個人，應就其中華民國來源之所得，依本法規定課徵綜合所得稅。非中華民國境內居住之個人而有中華民國來源所得者，除本法另有規定外，其應納稅額分別就源扣繳。」「本法稱中華民國境內居住之個人，指左列兩種：一、在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者。二、在中華民國境內無住所，而於一課稅年度內在中華民國境內居留合計滿一百八十三天者。」「本法稱非中華民國境內居住之個人，係指前項規定以外之個人。」分別為行為時所得稅法第二條、第七條第二項及第三項所明定。而納稅義務人之配偶有所得稅法第十四條各類所得者，應由納稅義務人合併申報課稅，復為同法第十五條所規定。又所得稅法第二條第二項及當時獎勵投資條例第十七條（現已改為促進產業升級條例第十一條第二項）暨同條例施行細則第二十五條之一

所稱就源扣繳，係指非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國納稅義務人，則他方縱居國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅。大院著有六十三年判字第六七三號判例可資參照。未按「納稅義務人配偶，不論係中華民國境內居住之個人或非中華民國境內居住之個人，凡有中華民國來源所得者，應由納稅義務人合併其配偶之所得申報課稅，不適用所得稅法第七十三條第一項就源扣繳之規定。」亦經財政部五十九年九月十九日台財稅第二七一五九號令釋（參閱財政部編列八十三年版所得稅法令彙編第二二一頁）有案。

二、本件原核定將再審原告申報分離課稅之營利所得併其綜合所得核定總額為一一二、五七六、六六一元，淨額為一一二、〇〇一、八七九元，發單補徵其八十年度綜合所得稅。三、經查再審原告自七十三年六月間即設籍在中華民國境內有住所，有戶籍謄本可稽，再審原告與其配偶彭董〇萍既無以妻之住所為住所之約定，依民法第一千零零二條規定，其配偶仍為應認定在中華民國境內有住所，且再審原告及其配偶八十年度在中華民國境內居留分別有二八九天及二四二天，堪認有經常居住中華民國境內之事實。是再審原告及其配偶顯屬所得稅法第七條第二項第一款所稱中華民國境內居住之個人，再審原告仍應將配偶所得合併申報，是本局將再審原告配偶彭董〇萍營利所得併計當年度綜合所得總額核課，徵諸首揭法條函釋規定，並無不合。四、再審原告雖主張其配偶取得之系爭利息，應優先適用促進產業升級條例第十一條之特別規定云云，惟查特別法優於普通法，固為法律適用之原則，但其優先適用，係指法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者而言。就行為時促進產業升級條例及所得稅法有關條文，促進產業升級條例並未對所得稅法第七條第二項第一款之「在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者」應適用所得稅法第七十一條第一項結算申報之規定，作特別規定，自無優先適用可言，則本件再審原告之配偶取自中華民國來源之所得，自應由再審原告合併申報。次查再審原告就其為行為時所得稅法第七條第二項第一款所稱之中華民國境內居住之個人，並無爭執，則其配偶縱屬非中華民國境內居住之個人，而於本年度取得之系爭股利所得二四、七六二、二

五四元，即應由再審原告依行為時所得稅法第十五條規定合併申報課稅，並無依行為時促進產業升級條例第十一條第二項規定就源扣繳之餘地。五、再查再審原告主張大院六十三年判字第六七三號判例及財政部五十九年九月十九日台財稅第二七一五九號令釋均在財政部七十五年四月十七日台財稅第七五二一五五三號函釋頒布之前，依後令推翻前令之法律適用原則，自應依後者辦理乙節。惟查再審原告所稱七十五年函釋，並未就華僑之眷屬（如本案再審原告）在中華民國境內有住所，如有中華民國來源所得，夫妻應否合併申報之情形有所規定，自不適用於本案。又大院判例及五十九年函釋與七十五年函釋所規範之內容不同，是本局未採用其主張亦無違反後令優於前令之法律適用原則。六、未查所得稅法雖迭經修正，然「非中華民國境內居住之個人」始得依促進產業升級條例第十一條規定不適用所得稅法結算申報之規定，以及夫妻應合併申報之意旨，並未變更，是本局依據首揭法條函釋規定核課其稅款並無不合，從而再審原告依據行政訴訟法第二十八條規定提起本再審之訴，自不足採。原判決並無違誤，請判決駁回再審原告之訴，以維稅政等語。

#### 理 由

按行政訴訟當事人對本院之判決提起再審之訴，必須具有行政訴訟法第二十八條所列各款情形之一者，始得為之，而該條第一款所謂適用法規顯有錯誤者，係指原判決所適用之法規與該案應適用之現行法規相違背或與解釋判例有所牴觸者而言，至於法律上見解之歧異，再審原告對之縱有爭執，要難謂為適用法規錯誤，而據為再審之理由，本院六十二年判字第六一〇號著有判例。次按「凡有中華民國來源所得之個人，應就其中華民國來源之所得，依本法規定課徵綜合所得稅。非中華民國境內居住之個人而有中華民國來源所得者，除本法另有規定外，其應納稅額分別就源扣繳。」「本法稱中華民國境內居住之個人，指左列兩種：一、在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者。二、在中華民國境內無住所，而於一課稅年度內在中華民國境內居留合計滿一百八十三天者。」「本法稱非中華民國境內居住之個人，係指前項規定以外之個人。」分別為行為時所得稅法第二條、第七條第二項及第三項所明定。而納稅義務人之配偶有所得稅法第十

四條各類所得者，應由納稅義務人合併報繳，復為同法第十五條第一項所規定。又所得稅法第二條第二項及當時獎勵投資條例第十七條暨同條例施行細則第二十五條之一所稱就源扣繳，係指非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形而言。若配偶之一方居住國內，為中華民國納稅義務人，則他方縱居國外，其在國內之所得，仍應適用所得稅法第十五條規定合併申報課稅。本院著有六十三年判字第六七三號判例可資參照。又「納稅義務人配偶，不論係中華民國境內居住之個人或非中華民國境內居住之個人，凡有中華民國來源所得者，應由納稅義務人合併其配偶之所得申報課稅，不適用所得稅法第七十三條第一項就源扣繳之規定。」亦經財政部五十九年九月十九日台財稅第二七一五九號令釋有案。本件再審原告因綜合所得稅事件，不服再審被告初查，將其申報分離課稅之營利所得併其綜合所得總額為一一二、五七六、六六一元，淨額為一一二、〇〇一、八七九元，發單補徵其八十年度綜合所得稅。循序提起行政訴訟，本院前訴訟程序審理結果，以「原告（即再審原告，以下同）自七十三年六月間即設籍在中華民國境內，有戶籍謄本可稽；而其與配偶彭董〇萍既無以妻之住所為住所之約定，依民法第一千零零二條規定，其配偶仍應認定在中華民國境內有住所。且原告及其配偶八十年度在中華民國境內居留分別有二百八十九天及二百四十二天，亦有內政部警政署入出境管理局之出入境記錄附於原處分卷可證，則原告及其配偶彭董〇萍均為行為時所得稅法第七條第二項第一款所稱中華民國境內居住之個人，應無容疑。是原告既為中華民國境內居住之個人，依法有辦理綜合所得稅結算申報之義務，其配偶彭董〇萍八十年度在國內實際居留日數既在一百八十三天以上，多達二百四十二天，則其分別取自偉〇運輸公司、偉〇工業公司及貿〇公司之營利所得一八、〇一三、三八三元，六、七一二、八七五元及三五、九九六元，既為中華民國來源之所得，依法自應由原告合併申報。是被告（即再審被告，以下同）將系爭營利所得，併入原告本期所得額中核計綜合所得稅，於法並無不合。原告就主張其配偶取得之系爭股利，應優先適用促進產業升級條例第十一條就源扣繳之特別規定云云。惟查特別法優於普通法，固為法律適用之原則，但其優先適用係指『法規對其他法規所規

定之同一事項而為特別之規定者』而言，對照促進產業升級條例及所得稅法有關條文，該條例並未對所得稅法第七條第二項第一款之『在中華民國境內有住所，並經常居住中華民國境內者』適用同法第七十一條第一項結算申報之規定作特別規定，自無優先適用可言。另查原告之配偶彭董○萍八十年度於偉○運輸公司、偉○工業公司及貿○公司擔任監察人、經理人一職，其八十年度在中華民國境內居留日數既為二百四十二天，況且原告有居住國內之情形，依財政部八十年七月三日台財稅第八○○六九七二八一號函釋，係屬中華民國境內居住之個人，應依法辦理結算申報，依本院六十三年判字第六七三號判例及財政部五十九年九月十九日台財稅字第二七一五九號函釋，其取得前開公司之股利，仍應有所得稅法第十五條規定與原告合併報繳之適用，並無依促進產業升級條例第十一條或當時獎勵投資條例第十七條適用同條例第十六條第一項規定就源扣繳之餘地。被告否准其採分離課稅所得申報，應非無據。再查行為時所得稅法第十五條「納稅義務人之配偶 有前條各類所得者，應由納稅義務人合併報繳」之規定，並無二種以上不同之法令可資適用，自不生有利與否之問題。本件被告否准彭董○萍八十年度取自前開公司之股利採分離課稅所得申報，並無不妥。至原告主張被告援引已於七十九年十二月三十一日施行期滿之獎勵投資條例，違反法律適用原則一節。經查該條例第十七條與促進產業升級條例第十一條所規定之內容均同；所稱『就源扣繳』，係指非中華民國境內居住之個人，且無配偶居住國內之情形，援引新、舊法條，其結果並無不同，所訴並不足採。次查所得稅法雖迭經條正，惟夫妻應合併申報之旨，並未變更，本院六十三年判字第六七三號判例，自仍有其適用。上開判例係對六十年度綜合所得稅所為，其所引用之法律為行為時所得稅法第十五條，並參照財政部 59 台財稅字第二七一五九號令，本院發行之判例要旨就其參考法條中：『獎勵投資條例』、『暨同條施行細則第二十五條之（一）部分』，以括弧註明為（五十九年十二月三十日修正公布）者，乃指其上之『獎勵投資條例』而言，並非指其施行細則第二十五條之（一）而言，此自『修正公布』之用語即可明瞭，不過該括弧所註明之住置錯誤，致有誤會。且上開判例所由根據之原判決理由原文並未引用獎勵投資條例

施行細則第二十五條之（一）據以裁判，此有原判決可按，是上開判例之原來判決並無適用法令錯誤之問題，而判例要旨彙編所載與該判決原文所以不符，係於選為判例之時，其選用者因上開條例施行細則第二十五條之（一）業已頒行，將之列入作為參考，類此情形，早經本院發現，並已規定摘錄判例要旨均以判決原文為之，不得加以增減，即在矯正此一缺失，是該判例意旨，與本件案情並無牴觸，原告主張該判例係屬錯誤，應不再適用云云，不無誤會。末查，原告主張復查決定書理由引用華僑回國投資條例中業經刪除之第十七條及第十六條有關課徵遺產稅優待辦法之規定，與本案無涉云云。經查，係因原告提出復查時曾援引該條例，故被告為復查決定時乃就該條例予以敘明不適用之理由，茲原告反指係被告原決定引據為核駁理由，亦屬誤會。」遂認再審原告在前程序之訴為無理由，判決予以駁回。核其所適用之法規與該案應適用之現行法規並無違背，與解釋判例亦無牴觸。查再審原告八十年度綜合所得稅結算申報，關於其配偶彭董O萍所得部分，適用所得稅法第二條、第七條第二、三項、第十五條第一項、民法第一千零零二條、本院六十三年判字第六七三號判例及財政部五十九年九月十九日台財稅字第二七一五九號令等規定，應由再審原告合併申報，且適用各該規定並無適用法規錯誤之處，本件並無促進產業升級條例第十一條或當時獎勵投資條例第十七條等規定之適用等情，原判決已詳予論明。茲再審原告仍以原判決捨棄促進產業升級條例等規定，而適用上開所得稅法、民法及判例、函釋予以駁回，顯有適用法規錯誤且違憲云云。顯係其個人法律上見解之歧異，揆諸首揭說明，要不得據為再審之理由，其執以指摘原判決違誤，求為廢棄，難謂有理，應予駁回。

據上論結，本件再審之訴為無理由，爰依行政訴訟法第三十三條、民法訴訟法第五百零二條第二項，判決如主文。

中華民國八十五年三月十三日  
（本聲請書其餘附件略；同聲請人另提有聲請書二，因內容同一，從略）

## 司法院釋字第四一四號解釋

中華民國 85 年 11 月 8 日

院台大二字第 22345 號

### 解 釋 文

藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。藥事法第六十六條第一項規定：藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符。又藥事法施行細則第四十七條第二款規定：藥物廣告之內容，利用容器包裝換獎或使用獎勵方法，有助長濫用藥物之虞者，主管機關應予刪除或不予核准，係依藥事法第一百零五條之授權，就同法第六十六條相關事宜為具體之規定，符合立法意旨，並未逾越母法之授權範圍，與憲法亦無牴觸。

### 解釋理由書

藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。

藥事法第六十六條規定：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。傳播業者不得刊播未經省（市）衛生主管機關核准之藥物廣告。」旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，其規定藥商刊播藥物廣告前應申請衛生主管機關核准，係為專一事權，使其

就藥物之功能、廣告之內容、及對市場之影響等情事，依一定程序為專業客觀之審查，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條保障人民言論自由及第十五條保障人民生存權、工作權及財產權之意旨尚屬相符。又藥事法施行細則第四十七條第二款規定：藥物廣告之內容，利用容器包裝換獎或使用獎勵方法，有助長濫用藥物之虞者，主管機關應予刪除或不予核准，係依藥事法第一百零五條之授權，為執行同法第六十六條有關事項而為具體之規定，符合立法意旨，並未逾越母法之授權範圍，亦未對人民之自由權利增加法律所無之限制，與憲法亦無牴觸。惟廣告係在提供資訊，而社會對商業訊息之自由流通亦有重大利益，故關於藥物廣告須先經核准之事項、內容及範圍等，應由主管機關衡酌規範之必要性，依比例原則隨時檢討修正，併此指明。

大法官會議 主席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
林永謀 林國賢 施文森 城仲模  
孫森焱 陳計男 曾華松 董翔飛  
楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

部分不同意見書 大法官 吳庚 蘇俊雄 城仲模

本件作為違憲審查主要對象之藥事法第六十六條第一項規定：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。」此項規定所涉及之憲法問題有二：一係憲法第十一條所保障之言論自由，是否包括以銷售物品、勞務、創意等俾獲取利潤之商業言論（commercial speech）在內，一係刊播前應得主管機關許可之所謂事前審查制（prior censorship, Voroder Präventivzensur）是否為憲法之所許。上述問題，多數意見或語焉不詳或有意省略，有進一步闡述之必要。

憲法關於人民基本權利之規定通常僅為原則（Prinzip）之宣示，而欠缺具體之規制（Regel），此種情形以我國憲法最為顯著，現行憲法第二章第十條以次，均祇宣稱人民有何種權利，至於各該權利之範圍為何？其涵蓋之構成事項究何所指？概付闕如。對於如何確定各個基本權之保障範圍，在基本權理論上素有廣義說及狹義說之分（註

一)。廣義說主張就憲法基本權條款所宣示之原則，依概念分析之結果，其所涵蓋之構成事項，皆屬於各該基本權之保障範圍，至於發生具體之基本權事件是否與受保障之構成事實相當，換言之，法律對此等基本權事件所為之限制合憲與否，應從相關法益均衡保障之觀點，予以判斷，亦即運用比例原則審查其合憲性。狹義說則謂憲法基本權條款之保障範圍，應先將憲法上與之相對立之原則或依照一般法律原則所保障之客體排除後，所留存之構成事項，始屬各該基本權實際之保障範圍。舉例言之，維護公共利益與保障個人言論自由乃憲法上相對立之原則，而國防機密之保護為公共利益之一環，若依狹義說，洩漏國防機密即不在言論自由之保障範圍。上述學說對闡釋本件聲請釋憲案與檢討比較法上相關問題有概念上釐清之作用，故先作說明。

美國法制對言論自由保障之周全，舉世國家殆無出其右者，但並非一切言論皆屬其憲法增修條文第一條所保障之對象。譬如猥褻性、瀆神性、挑釁性言論即排除於該條保障之外（註二），是故在概念詮釋及歸類上，美國之制與前述狹義說有相似之處。至於商業言論，尤其屬於純粹商業廣告，聯邦最高法院昔日並未認為應受增修條文第一條所保障（*Valentine V. Chrestensen* [316 U.S. 52(1942)]一案足為表徵），其後基於商業資訊之自由流通、保護消費者利益，乃企業自由制度下不可或缺之考量，將言論自由保障擴及商業廣告，並對限制藥物作價格宣傳之州立法，宣告違憲（*Virginia State Bd. of Pharmacy V. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* [425 U.S. 748(1976)]一案具有指標作用），商業言論亦有增修條文第一條之適用，在一九七〇年代中期以還遂成定則。然商業言論其受保障之程度究無法與本質上為意識形態或教育性之言論等量齊觀。蓋商業言論通常以追求經營者之利潤為主要目的，難免有內容不實或對公眾誤導之作用，而其他種類之言論則無須顧慮上述情形。質言之，限制商業言論，僅須證明實質的政府利益（substantial government interest），而限制他種言論則必須具有迫切的正當理由（compelling justification），始能獲得法院之支持（註三）。雖然如此，美國法院之此一立場，亦遭受各方之批評，而聯邦最高法院近年已有對限制商業言論之措施從嚴審查，俾此類言論亦能受較多保障之見解（註四）。

關於基本權之保障範圍，德國優勢之學說係採廣義說（註五），實務上亦未將商業廣告排除於基本法第五條意見自由保障範圍之外（參照聯邦憲法法院之案例 BVerfGE 30, 336, 352）。蓋推銷產品或勞務之廣告固屬追求經濟上利潤為目的，但並不因此而謂廣告非意見之一種，保障經濟事務領域意見之表達及形成，與其他事務之領域並無軒輊，尤其將經濟上之意見與意識形態嚴加以區別，為事實所難能，故不應存有差別之待遇。設若將商業廣告視為性質特殊而加以限制，則對於反駁或呼籲杯葛某一廣告之意見，是否亦應限制乎？果真如此，則循環不已，尚有何意見自由可言！（註六）。

我國憲法對人民權利之保障，無所謂「清單上權利」與「清單外權利」之分，憲法第七條以次之規定或類似他國憲法之權利清單，但憲法第二十二條稱：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」，將第七條至第十八條所列舉以外之一切權利，使用概括規定加以保障。至於對各種權利之限制，則採憲法直接限制及間接限制二種方式（註七），前者如憲法第十七條之參政權，依第一百三十條則限制年滿二十歲始有選舉之權，年滿二十三歲有被選舉權；後者則為憲法委由法律限制之謂，憲法第二十三條即屬典型之憲法間接限制。基於憲法直接限制，不生是否違憲問題，有違憲疑義而須由本院大法官審查者，皆屬間接限制之法律有無牴觸憲法第二十三條或其他條文之案件。本院受理此類案件，一向以限制人民權利之法規是否違背憲法保障人民權利之意旨，尤其是否符合憲法第二十三條之法律保留原則及比例原則為衡量標準，並未以聲請案件所述之事項不在憲法第二章某一條規定之列，將其摒除於相關權利保障範圍之外，從而認為法規自得任意予以限制，此種釋憲方法，顯屬前述之廣義說。新近公布之釋字第四〇七號解釋，亦僅認定主管機關對出版品記載如何始構成猥褻之釋示尚未達違憲程度，而非謂猥褻之出版品不屬憲法第十一條之保障範圍，便是相當於廣義說之一種運用。本件多數通過之解釋文遵循本院一貫之立場，不採所謂商業廣告或藥物廣告非屬言論自由保障範圍之主張，自應予以支持。蓋此種詮釋方法不僅符合我國憲法之理論體系，抑且解除戒嚴為時未久，人民基本權利之保障猶待加強，若採狹義說以除外方式，將若干行為排除在該

當權利的保障範圍之外，此例一開，後果不堪設想。

其次，關於言論之事先審查問題，任何出版品須取得官署之執照始能公開發行，可謂事先審查制度之濫觴，英國首先於十七世紀末完成此一制度之建立。從此事先審查遂成為各國專制君主箝制言論思想之有效工具，惡名昭彰，亦為反對專制主義者必去之而後快的目標。是以奧國立憲伊始，於一八六七年十二月二十一日制定之國家基本法（Staatsgrundgesetz）第十三條第二項規定：「出版不得為檢查，亦不得採許可制度加以限制。國內刷品之流通不得適用行政上之郵政禁止手段。」此項法律，至今仍為奧國憲法上之有效條款，依該國憲法法院之裁判，戲劇、電影、廣播均不得事先檢查，甚至基於保護青少年而實施亦為憲法所不許（Vfslg6615/1971, Vfslg 8461/1978）（註八）。今日美國所謂之事先審查，固然包括出版品須經官署許可方得發行，但亦兼指撤銷執照禁止出版而言。與大陸法系國家將事先審查單純界定為出版物或其他精神作品在發行或散布之前，其內容應經官署審查及准許，有所不同。美國憲法增修條文第一條雖未明文禁止事先審查，但一般認為基於憲法該條保障言論及出版自由之精神，事先審查基本上應予禁止，祇有猥褻性言論等極少數情形允許存在。一九三一年之一項案件針對授權行政官員就曾經刊載淫穢或惡意誹謗言論之刊物，雖得申請法院發給禁制狀（injunction），但禁止其出版之州立法，聯邦最高法院仍認為構成違憲（Near v. Minnesota ex rel. Olson [283 U. S. 697 (1931)]）。實際上美國此種限制方式依然與大陸法系國家不可同日而語，因為本質上並非內容之事先審查，而係根據已出版之內容，禁止其將來發行，相當於撤銷執照，此其一；禁止必須由行政官員向法院請得令狀為之，與大陸法系國家之由行政機關以單方行政行為逕行查禁之情形有別，此其二。直至一九七〇年代美國通過一系列法律擴大聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission）職權，為保護消費者，該委員會得發布管制商業廣告之規章，並有權頒發類似禁制狀之禁止令（cease and desist order），以代替向法院聲請令狀（註九）。惟應注意者，上述委員會原本具有準立法及準司法機關之性質，制定規章或頒發禁令又須踐行聽證等相關程序，自有其防止濫用權限之機制。在出版品未刊出前即施予查驗，合乎官署所訂標準

者，始可刊行，乃係對言論或出版自由之嚴厲限制，「事先審查之控制及核准過程之存在足以癱瘓精神生活」（德國聯邦憲法法院判決 BVerf GE 33 之用語）。戰後之西德及日本既無美國保障自由與人權之傳統，兩國憲法遂均直接明文禁止事先審查，以防舊日極權制度之復活，故德國即使影片之類出版品，主管機關實施事先審查，亦認為違背其基本法第五條第一項之規定（見前引之聯邦憲法法院判決）。日本尚存之教科書審定制，本質上屬於日本憲法第二十一條第二項所禁止之「事先檢閱」，其合憲性素有爭論，該國法院或以經教科書審定不合格者，原稿仍可以一般圖書而出版，並不受限制等理由，而認其尚未違憲（東京高等裁判所一九八六年三月十九日之判決）。由此可知。由於事先審查制度對言論及出版自由侵害之嚴重性，已為先進國家所不能容許。

如前所述，憲法第二十三條所揭櫫之比例原則，素為本院大法官審查法規違憲之基準。就本件而言，所謂比例云者，維護國民健康與個人表現自由及營業利益之均衡，固屬應予考慮之因素，惟若遇有多種限制手段可供制定法律之選擇時，應採用對憲法原則及個人權利侵害最輕微之手段（das gelindeste Mittel），且性質相同之事件法律所採取之限制手段不應有明顯之差異，否則均與比例原則有悖。抑制誇大不實之廣告，主要有賴事後之處罰，而非事先審查，若無較重之罰則規定，其不遵守審查結果，照原意刊播，主管機關能奈之何？藥品必須經檢驗合格，始能上市，尚且顧慮廣告誤人，試問各類食品或所謂健康食品多未經查驗，即可販賣，對人體健康之影響，恐不下於藥物，何以不事先審查食品之廣告，而僅採用事後追懲之手段（見食品衛生管理法第二十條、第三十三條第二款）？再者藥品既經事前檢驗合格，廣告縱有誇大其辭，購買者除花費金錢之外，照其仿單使用，有何「明顯而立即之危險」可言，以致於須動用已為先進國家禁絕之事先審查乎？又廣告之方法原本多端，若藥物廣告採用街頭散發、設置看板、按戶郵寄或經由電腦網路等，則既非藥事法第六十六條所稱之刊載播放，主管機關如何能遂行刊播前之審查乎？環顧今日國中，藥物廣告之泛濫幾曾因主管機關有事先審查權限而稍見收斂乎？綜上所述，縱使僅對藥物廣告實施事先審查，亦難認其於憲法第十一條保

障言論出版自由之意旨並無違背，有關立法及行政機關，儘可加重處罰（包括提昇至刑罰）、鼓勵相關業者之自制（包括藥商、廣告業及媒體），執行有處方始得購買藥品等制度，以代替效果不彰又「惡名在外」之事先審查。

附註：

註一：Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., 1994, S. 278ff.

註二：參閱釋字第四〇七號解釋大法官吳庚所提之協同意見書。

註三：cf. John D. Zelezny, *Communication Law*, 1993, p.379.

註四：Id., p.380.

註五：Alexy, aa0.

註六：C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, Bd. 1,3.Aufl., 1985,S.501

註七：此處之直接限制與間接限制不同於坊間憲法教科書習用之直接保障主義與間接保障主義，蓋所謂現行憲法係採直接保障主義，而五五憲草採間接保障主義，乃毫無意義之言，業經薩孟武氏嚴加駁斥，不假辭色，見其所著，*中華民國憲法概要*，台北市：臺灣聯合書局，民國四十九年，八十一頁以下。

註八：Vgl. L.K. Adamovich/B.-C Funk. *Oesterreichisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl.,1985,S.409.

註九：Zelezny, op.cit., pp.387-400.

## 部分不同意見書 大法官 孫森焱

### 一、保障言論自由之理論與藥物廣告

憲法第十一條規定人民有言論之自由，其意義如何？保障之法益具何性質？此與認定商業廣告是否為言論自由所保障，所關頗切。依美國憲法增補條款第一條規定國會不得制定法律剝奪人民言論之自由；日本憲法第二十一條則規定言論自由應予保障，並不得為事前檢查。此蓋意見自由為最基本的人權，應優先受保障。惟依艾默生教授主張，意見自由所以應受保障乃因（一）意見自由為發展自我、實現自我所不可或缺者，（二）經由意見自

由而相互自由討論乃追求真理，探究事實的社會過程，（三）基於主權在民之原理，國民必須確保其決定政治之必要資料，（四）保障意見自由，社會秩序之安定性方能維持（註一）。美國學者對於憲法何以保護言論自由，其追求言論自由之價值何在？因為主要觀點不同，約有三說：（一）言論自由市場說：其說謂所以保障言論自由乃因經由言論自由可以發見真理，增長知識。亦即由於言論的自由開放，真理與謬論邪說於並存競爭中，有似自由市場之機能，發生擷菁去蕪的作用，真理終將獲勝而顯現，故亦謂追求真理說。（二）健全民主程序說：其說謂保障言論自由可提供社會大眾依循民主政治程序參與政治決定時所需的資訊，民主政治因此可臻於健全發展。（三）表現自我說：其說謂言論自由之基本價值在保障個人，發展自我，實現自我，完成自我。其基本立場為個人的存在非為他人完成某種目的之工具，乃以尊重個人獨立存在的尊嚴及自由活動之自主權為目的。個人為獨立自主之人格，有權自由決其自身之一切事宜，包括自由表達自己意見而不受政府之干涉。因此，言論是否值得保護，無關對他人是否有用。對於他人不具意義的言論，亦在保護之列（註二）。以上所引艾默生教授之意見，認為言論自由之所以應受保障，無非以追求真理、使國民獲得決定政治之必要資訊為目的。惟依藥事法第二十四條規定，藥物廣告係指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為。此與自由發表言論，追求真理，使國民獲得決定政治之必要資訊無涉。藥物廣告亦與自由發表言論，經由自由市場機能，使真理與謬論並存競爭，發生擷菁去蕪的作用，毫無關連。更非為提供社會大眾決定政治事項之資訊為目的。

## 二、商業性言論是否應受言論自由之保障，向有爭議

藥物廣告在美國雖屬商業性言論之一種，惟是否為言論自由所保障，向為美國憲法上具爭議性之問題。聯邦最高法院判決雖曾肯定商業性言論為憲法言論自由所保障，其理由謂商業廣告雖以追求經濟利益為目的，仍屬廣告人的言論自由範圍，一方面使消費者獲得合理的經濟抉擇的資訊，達到社會資源的合理分配。

一方面提供消費者充分而正確的資訊，由其決定追求經濟上或政治上最大利益的途徑云云。此項見解係著重在消費者之利益，以利消費者為正確而有益之經濟上或政治上判斷為目的。與上開表現自我說，以言論自由為保障個人發展自我、實現自我、完成自我為目的者已有偏離。聯邦最高法院在一九八六年對於波多黎各之法律禁止賭場對波多黎各居民為廣告，宣告為合憲，有學者批評其論斷已準備推翻「商業性言論為憲法言論自由權所保障」的原則。有利禁止香菸廣告之運動。綜上所述，藥物廣告與言論自由所欲保障之法益，無一相符，即使在美國亦有相當多數之憲法學者反對商業性言論為言論自由權保障的範圍（註三）。

### 三、商業性言論之性質

商業性言論所以應受保障，實係商人為促銷商品之目的，提供消費者正確而充分的資訊，使其能獲得最大利益；之所以應加限制，則係保護消費者大眾，使其不致受誇大、虛偽廣告之蠱惑。藥物廣告與國民健康之維護關係更加密切，此與言論自由係以保障個人自由表達意見而不受政府干涉為目的，實屬南轅北轍，不能相提並論。

### 四、商業性言論之意義尚欠明確

按所謂商業性言論之意義如何，學說上尚欠明瞭。學者有謂商業性言論乃指企業經營者，基於商業目的或利潤所為，廣告其商品或服務之言語或文字（註四）。本件解釋理由謂：非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障，等量齊觀云云，然則提倡「愛用國貨」為宣傳，意在鼓吹公意之形成；宗教上朝聖旅遊之廣告，與宗教信仰之表達密不可分；精鹽洗菜有無消毒功能之爭論，最近亦因廣告而引起，事涉真理之發現，亦屬不爭之事實，凡此種種，究其實，仍屬商品或服務業藉廣告方法招徠顧客，以達銷售或擴大服務之目的，為商業上促銷之手段，基本質與通常之商業性廣告又何以異？如將其歸類於言論自由範圍，則商業性言論究與其他言論自由如何劃分，已欠明瞭；將商業性言論再分為有關公意之形成、信仰之表達或真理之發現者與否二者，然後據以訂定寬嚴不一之規範，則

其衡理之基準何在，尤屬費解。

#### 五、藥物廣告為促銷活動之一環

實則探究商業性言論之類型，原有多種，為特定商品之販賣，以營利為目的者，最為習見；其他介紹商品知識之廣告，例如以「工商服務」名義於報刊登載當地美食、婚紗業之現況、國內外旅遊地點之特色，介紹何處舉辦商品特賣會等文章，雖不具廣告之形式，仍不失為商業性言論。至於分析商品之學術性論文，是否具商業目的，則甚有爭論餘地。本案受理者為藥物廣告之規範問題，於藥事法第二十四條就此廣告規定其意義，乃指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為。同法第七十條更規定：採訪、報導或宣傳，其內容暗示或影射醫療效能者，視為藥物廣告。因此藥物廣告非僅為表現自我而已，主要乃在提供社會大眾獲得藥物之充分資訊，以廣招徠，銷售藥物，獲得利益。是為自由經濟體制下藥物促銷活動之一環。由於藥物之效能必須適當使用之，方能顯現，有益於健康；否則易於戕害身心。藥物廣告既以促銷為目的，動輒流於誇大虛偽之言詞，誘致消費者信以為真，若罹病者未經醫師詳細診斷，即自行購買服用，或將延誤適時接受正當治療之良機；倘有濫用情事，甚至傷及身體器官，悔之莫及。因此，自藥物廣告之本質言，與其重視廣告人之自我表現，毋寧著重於其促銷藥物，以營利為目的之特性，以保護消費者權益為中心意旨，殊難與言論自由等同視之。

#### 六、對於藥物廣告之限制為對於營業自由之限制

藥物廣告性質上屬於商業行為範圍，為私經濟行為之一環，不外獲得營業利益之手段，是從事職業之工作權之一種。藥事法第六十六條規定對之加以限制，應為憲法第二十三條規定之所許。本解釋雖得同一結論，惟以言論自由為出發點推論，則難苟同。

#### 七、外國法制於我國並非當然有其適用

按美國憲法增補條款第一條規定國家不得制定法律剝奪人民言論之自由。自一九七〇年代以後，美國聯邦最高法院始承認商業廣告應受言論自由保護之原則，惟仍應受適當之限制，政府就此制定之規範應具體而明確，即（一）商業言論不得有誤導及虛

偽之內容。(二)規範目的所欲保障之公共利益為具體實質之利益。(三)規範所用之手段能直接增進該具體利益。(四)規範所用之手段限制之利益並未逾越所欲增進之具體利益。此即限制商業性言論之四要件(註五)。惟美國聯邦最高法院於受理具體案件時,因為衡量規範之寬嚴不同,其標準游移不定,學者有批評已偏離「商業性言論為憲法言論自由權所保障」之原則者,已如前述。解釋我國憲法,如亦解為凡屬商業性言論概屬言論自由範圍,將難免重蹈覆轍,豈可不慎哉!抑有進者,如將商業性言論(包括商業廣告)亦認為言論自由保護之範圍,則依憲法第二十三條規定,除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外,不得以法律限制之。此項法律保留之原則,於限制憲法所保障之自由權利固可,若限制至極端,即與剝奪無異。按醫師法第十八條規定醫師對於其業務不得為醫療廣告,即係根本禁止醫師為「醫療言論」之表示。如是規定,已不顧及保障醫師個人表現自我、實現自我、完成自我之意願;亦未考慮提供病患充分而正確資訊之機會,其保障言論自由最低限度之核心內容已盪然無存。從而以保障言論自由之立場,殊難說明其立法意旨。實則之所以禁止醫師為醫療廣告,無非本於職業倫理而來(註六),醫師之聲譽,應係因其醫術及醫德為大眾所信賴,非依宣傳而浪得虛名,醫師執業負有社會責任,與國民健康有重大關係,因是自工作權限制其以醫療廣告擴張業務。關於醫藥廣告之限制,亦應如是觀。

#### 八、對於藥物廣告之限制,係以保護消費大眾為目的

各國憲法對於保障言論自由規定之體制容有不同。在美國尚有爭議之理論,如逕予引進而奉為圭臬,則禁止菸酒或賭博之廣告,在外國引起爭議之問題,豈亦將一併引進?藥事法第五十條雖規定須由醫師處方之藥品,非經醫師處方,不得調劑供應。惟同條但書尚有例外規定,醫療廣告宣傳之對象非僅為同業藥商、醫院、診所及其他醫療機構,尚有廣大之社會大眾。鑑於報刊、雜誌、電台、電視等傳播媒體每日介紹之藥物廣告,堪稱已至泛濫程度(註七),對於廣告之限制,與其由言論自由之立場觀

察，依我國現狀，應係基於保護消費大眾之利益為重點，限制藥物廠商之營業自由，以保護國民健康為鵠的，方符適合國情之解釋。爰提出不同意見書如上。

- (註一)：資料來源看李鴻禧著：言論出版自由之民主憲政意義。收錄於氏著，憲法與人權。
- (註二)：資料來源看林子儀著：論自由之理論基礎。收錄於氏著言論自由與新聞自由。
- (註三)：資料看林子儀著：商業性言論與言論自由。刊登於美國月刊二卷八期。
- (註四)：林世宗著：商業性言論之規範。刊登於「美國憲法言論自由之理論與闡釋」(八十五年二月出版)。
- (註五)：看(註三)、(註四)並石村善治著：營利的な廣告の自由の制限。刊登於「別冊ジュリスト」。
- (註六)：日本大審院大正十四年三月十一日刑事判決謂：「此項廣告為吸引病患，動輒附帶誇大虛偽之詞，致有發生蠱惑世人弊端之虞，抑且有似以如此事實為廣告而招攬病患，實非所以維持醫師之品位及體面所當為，自有取締之必要。」此項見解為嗣後之日本判例及學說所接受。看野田寬著醫師法上冊一八二頁(日本平成四年十一月二十日初版第三刷)。
- (註七)：黃丁全著醫師法(月旦出版社股份有限公司八十四年十一月出版)二〇三頁引用一九八八至一九八九年中華民國廣告年鑑之記載謂：「以七十七年度為例，醫療保健類廣告在三家電視媒體廣告費用，一年約十五億六千二百四十萬七千元，約佔全部廣告百分之十三點六七」，以上僅止「三家電視媒體」之廣告費用而言。如合計「第四台」、報刊、雜誌及廣播媒體之廣告，其金額當甚可觀。

補充說明：民八十五年十月二十六日國內報紙刊載：衛生署表示「賜寶壯」、「猛精多」、「生機久」、「生精寶」、「補土壯」五種壯陽廣告標榜含有野公牛睪丸素、種豬睪丸、蛇鞭、牡蠣、海豹精、鹿茸、肝精等成

分，均屬誇大療效的不實宣傳。衛生署並未核准任何「春藥」云云。按：消費者對此廣告之產品實難辨別究為營養補充劑、抑或對身體機能有特殊療效之藥品。消費者健康的維護，應防範其被侵害於未然，殊非於其受侵害之後再圖謀如何追究責任。如何補償之方法。

抄百0康股份有限公司代表人王00聲請書

受文者：司法院

主旨：為行政法院八十四年度判字第二五五八號判決、台北市政府衛生局八十三年九月三十日八十二年北市衛四字第五五六四一號處分書適用藥事法第六十六條，藥事法第六十六條違反憲法專業分權原則，由不應具處分權限之機關處分罰鍰，侵及聲請人財產權，違反憲法第十五條「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」藥事法第六十六條應屬無效。藥事法施行細則第四十七條第二項抵觸母法，應屬無效。爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者。」之規定，聲請解釋憲法事。

說明：

一、聲請解釋憲法之目的：

- (1)台北市政府衛生局八十三年九月三十日八十二年北市衛四字第五五六四一號處分引用藥事法第六十六條，藥事法第六十六條未清楚界定衛生主管機關之權責，違反憲法。該處分依據違反憲法之法律而為處分，應屬無效。
- (2)行政法院八十四年度判字第二五五八號判決援引前揭無效之法律，並為駁回原告之訴，其不當處業至明確，違反憲法保障人民財產權之旨，應予釋示糾正。

二、本件事實之性質與經過及涉及之憲法條文：

- (1)聲請人於八十三年八月，於長春雜誌刊登如附件一所示之

廣告。爭議部分以外之廣告內容均於事前送審，僅「慶祝周年慶．父親節，八月一日至八月三十一日，凡於此期間購買本公司富士低週波治療器則送台北至韓國濟州島來回機票抵用券三千元」部分，聲請人認為該部分非屬衛生主管機關之權責，未予送審。

- (2) 台北市政府於八十三年九月三十日以八三北市衛四字第五六四一號處分書認受處分人於長春月刊刊登「慶祝周年慶，父親節，八月一日至八月三十一日，凡於此期間購買本公司富士低週波治療器則送台北至韓國濟州島來回機票抵用券三千元」，違反藥事法第六十六條第一項之規定，處罰鍰新台幣參萬元整（附件二）。
- (3) 經聲請人申請復核，台北市政府衛生局於八十三年十月十九日以八三北市衛四字第五九七三一號函示認為聲請人之申請無理由，應維持原處分（附件三）。
- (4) 經聲請人提出訴願，台北市政府於八十三年十二月二十一日以八三府訴字第八三〇七九二二二號訴願決定書決定訴願駁回，維持原處分（附件四）。
- (5) 經聲請人提出再訴願，行政院衛生署以衛署訴字第八四〇〇九二八三號再訴願決定書決定再訴願駁回，維持原處分（附件五）。
- (6) 經聲請人向行政法院提起行政訴訟，經行政法院以八十四年度判字第二五五八號判決原告之訴駁回，原處分及判決因此確定（附件六）。
- (7) 經聲請人提出行政訴訟再審，行政法院以八十五年度判字第五八號判決再審之訴及停止執行之聲請均駁回（附件七）。

### 三、對本案所持之立場與見解：

- (1) 現行藥事法第六十六條第一項規定「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件」，藥事法第四條規定「本法所稱藥物，係指藥品及醫療器材」。

聲請人之「富士低週波治療器」係屬醫療器材，先予敘明。

按立法機關於立法時，將所有涉及醫療器材之廣告之相關事宜，均授權由省（市）衛生主管機關判斷。惟查，醫療器材之廣告，其所涉及之相關事宜約有如下數種：

- ①醫療器材之廣告文字、圖畫或詞是否與該醫療器材之實質功能符合？
- ②醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否虛偽不實？
- ③醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞有否危害安全？
- ④醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否以不適當之方法促銷醫療器材？
- ⑤醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否涉及不正當競爭？

亦即，有關醫療器材之廣告，所涉及之判斷，實質上十分廣泛。

- (2)立法機關於立法當時，並未慮及所有事項之專業性，而將所有醫療器材之廣告審查權均由衛生主管機關為之。然細究之，確屬不當。蓋有關醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否與該醫療器材之實質功能符合，是否虛偽標示，是否有危害安全部分，應由醫療器材檢驗機關加以實質檢驗，以其所得之檢驗結果與廣告上之文字、圖畫或言詞加以比對，始可得知其實質功能與廣告所述是否相符；關於醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否以不適當之方法促銷醫療器材，應由市場學家評估該廣告刊播人所使用之刊播方式、刊播次數、影響層面之廣窄等事項，綜合加以研判其有否涉及以不適當之方法促銷醫療器材；關於醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否涉及不正當競爭部分，應有經濟主管機關或公平交易主管機關透過調查，審慎評估其對市場所生之影響。
- (3)既然，關於醫療器材之廣告文字、圖畫或言詞是否以不適當之方法促銷，應由市場學家評估該廣告刊播人所使用之刊播方式、刊播次數、影響層面之廣窄等事項，該等事

項，自非屬衛生主管機關得加以判斷。試算，若有某一醫療器材之廠商欲促銷其醫療器材，依現行法將其廣告之文字、圖畫或言詞送交省（市）衛生主管機關審查，衛生主管機關認無虛偽，予以核准後，該醫療器材之廠商將該文字、圖畫或言詞作地毯式之刊播，不論電視、收音頻道、報紙、雜誌、宣傳單、網際網路、寄送廣告等大量刊播，所有消費者無一遺漏，其所產生之影響，必然大於某一廠商僅於一種媒體上作廣告但加贈贈品。依現行法，前者並不涉及以不適當之方法促銷醫療器材，後者卻屬以不適當之方法促銷醫療器材。由此可見，如此之立法顯然粗糙不當，且已造成實質正當性之違反。又衛生主管機關所具備者，僅衛生之專業，其如何判斷廣告刊播人所使用之刊播方式、刊播次數及影響層面？是立法機關將「所有」之權力均集中於衛生主管機關一身，顯然不適，應予糾正。

- (4) 藥事法施行細則第四十七條第二款規定「利用容器包裝換獎或使用獎勵方法，有助長濫用藥物之虞者，藥物廣告之內容應予刪除或不予核准」。綜觀整部藥事法，均未予以行政機關增加此限制之權力。鈞院釋字第三百六十七號述及「法律概括授權行政機關訂定施行細則者（概括授權），該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，惟其內容不能牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制。」對於牴觸母法之限制有詳細之闡釋。藥事法施行細則第四十七條第二款之命令，使人民之行為受到法律所未規定之限制，該條款已非執行藥事法之細節性、技術性之規定，而已實質地限制人民之自由，增加法律所無之限制，違悖藥事法給予衛生主管機關之權限，應屬無效。
- (5) 原告所認之可罰及應罰乃在「其以不適當之方法促銷藥品，誘導及使消費者濫用，影響健康」，衛生主管機關之權責應在於裁量廣告內容之圖文與實際藥品不符虛偽不

實，藥品功效如何，藥品或醫療器材有否危害安全之虞等事項。蓋因此等事項，涉及醫藥之專業知識，理應由具有醫藥專業知識之衛生主管機關加以審查。然促銷之方法是否適當？是否有誘導濫用？衛生主管機關對市場機能並不具專業能力，行銷之方法是不是適當，衛生主管機關無權加以判斷，亦不應由衛生主管機關加以判斷，若由衛生主管機關加以判斷，顯然與法治國家分權分治專業分工之精神有悖。按法治國家之行政機關之權責，應加以細緻劃分，使各司其責，專業精緻，不宜籠統模糊，含糊地將各種權力均集結於衛生主管機關一身。立法院於制定藥事法第六十六條時，制定為「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。」顯然含糊籠統地將廣告內容之審查完全由衛生主管機關加以裁量。依此法律，可能形成由不懂廣告之人審查廣告、不懂市場經濟機能之人審查不正當行銷之局面。於分權分治之憲政體制而言，如此之法律有礙專業分權分治之憲政體制之達成，不言可諭。自憲法制度前瞻性之眼光而言，應釋示該法律違反憲法，以促使制定更為精緻，更為專業之分工審查制度，以保障人民健康，健全市場機能。

- (6)我國法治，已由學步階段逐步向成熟，然有某些法律，依然停留於粗糙階段。諸如本案涉及之藥事法，若干規定即與現實社會生活相距迢遠。各機關之權責已走向細分之時代，藥事法仍將所有權責都集結於衛生機關；法律授權行政機關為行政審查，其所授權之範圍、內容等，均應明確細緻，藥事法卻十分含糊。聲請人受違憲之法律影響，致財產權受到侵害，依法提起訴願再訴願行政訴訟，輾轉經年，實覺該法令之存在，影響人民財產權鉅大，亦影響政府體制之功能。為此，爰依司法院大法官審理案件法，提出若干意見，謹請鈞院審掇，釋示不合時宜之法律加以修正，並將權責予以劃清，以維法治。

謹 呈

司法院 公鑒

所附關係文件之名稱及件數

附件一、八十三年八月，長春雜誌之廣告。

附件二、台北市政府八三北市衛四字第五五六四一號處分書。

附件三、台北市政府衛生局八三北市衛四字第五九七三一號函。

附件四、台北市政府八三府訴字第八三〇七九二二二號訴願決定書。

附件五、行政院衛生署衛署訴字第八四〇〇九二八三號再訴願決定書。

附件六、行政法院八十四年度判字第二五五八號判決。

附件七、行政法院八十五年度判字第五八號判決。

聲請人：百〇康股份有限公司

法定代理人：王〇〇

附件六：

行政法院判決

八十四年度判字第二五五八號

原 告 百〇康股份有限公司（設略）

代表人 王〇〇

被 告 臺北市政府衛生局

上當事人間因藥事法事件，原告不服行政院衛生署中華民國八十四年四月十日衛署訴字第八四〇〇九二八三號再訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

事 實

緣原告於民國八十三年八月一日常春月刊第一三七期刊登經被告器廣字第八三〇五三四八號核定之「『富士』低週波治療器」廣告，其中載有一「慶祝週年慶 父親節八月一日 - 八月三十一日，凡於此期間購買本公司『富士低週波治療器』則送台北↔韓國濟州島來回機票旅遊抵用券三、〇〇〇元」等語，被告認係加刊核准外之藥物廣

告，乃以八三、九、三十北市衛四字第0五五六四一號處分書處新台幣三萬元之罰鍰。原告不服，申請復核，未獲變更，提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨略謂：一、查藥事法第六十六條第一項「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。」之規定目的，係為健全藥品使用廣告之合理性，並促進一般民眾對於藥品正確認識。惟廣告內容係屬憲法保障言論自由中之「表見自由」，並間接涉及人民「財產權」保障範圍，依據憲法第二十三條之規定，須在符合「比例原則」的情形下方得對人民權利加以限制，故本條「將『所有』文字、圖畫或言詞」中之『所有』一詞即應做「限縮解釋」。換言之，本條係指「所有」足以影響藥品廣告健全發展及造成民眾對藥品錯誤認識之文字、圖畫或言詞，方須申請省（市）衛生主管機關核准；其餘對藥品廣告健全及民眾藥品認識無涉之廣告內容，即非屬本條限制範圍。原告於刊登藥品廣告前，已依法將廣告內容申請被告機關核准，並經被告以北市衛器廣字第八三〇五三四八號核定在案。嗣後，因適逢原告公司週年慶紀念及父親節前夕，乃於廣告內加刊「慶祝週年慶 父親節八月一日 - 八月三十一日，凡於此期間購買本公司『富士』低週波治療器則送台北來往韓國濟州島來回機票旅遊券三〇〇〇元」等詞（下稱「加刊廣告」），既無影響藥品廣告健全發展之虞，亦無造成一般民眾對藥品錯誤認識之事實，自非屬藥事法第六十六條規定限制範圍。被告機關僅執法條文字表示「所有」文字、圖畫或言詞，即片面斷章取義處分原告違反藥事法第六十六條並科處新台幣參萬元罰鍰，顯已違反「禁止不當連結」之一般公法上原理原則，且未探究法規範之實質意涵，為一違法行政處分，並造成原告財產權及名譽權之損害。二、同法施行細則第四十七條：「藥物廣告之內容，具有左列情形之一者，應予刪除或不予核准。二、利用容器包裝換獎或使用獎勵方法，有助長濫用藥物之虞者。三、表示使用該藥物而治癒某種疾病或改進某方面體質及健康或捏造虛偽情事藉以宣揚藥物者。」之規定，其目的一方面作為主管機關核准藥品廣告與否之判斷標準；一方面係為揭示廣告內容應避

免造成濫用藥物之情形。換言之，該施行細則之規範重點，在於限制廣告內容不得有宣揚藥品造成濫用藥物之虞者而言。原告於長春月刊刊載之「加刊廣告」內容，並無牴觸藥事法施行細則第四十七條之規範目的。蓋同細則第四十七條第二款規定，須「使用獎勵方法有助長濫用藥物之虞」方足該當。原告係基於回饋社會大眾，且適逢父親節暨周年慶期間而贈送韓國來往台北來回機票三〇〇〇元抵用券，與市面上「買一送一」等獎勵方式不同，且消費者購買原告進口之醫療器材與原告之「加刊廣告」內容亦無因果關係，難認原告之「加刊廣告」係屬獎勵方法，更難謂因此有造成一般民眾濫用藥物之虞。再者，同細則第三款規定，須以宣揚藥物為目的而表示使用該藥物可治癒或改善疾病為前提。原告之藥品廣告內容，除「加刊廣告」部分外，其餘廣告內容部分已經被告機關核准在案，自無該限制條款之適用；至於「加刊廣告」部分，純為回饋消費者之目的，並無表示使用該藥物可改善或治療疾病之意涵，更無本款之情形，訴願決定引用此一規定，顯然適用法規不當。三、綜上所陳，原告受憲法保障之「財產權」及「名譽權」本應受維護，立法者非有憲法第二十三條之規定，不得制定拘束人民基本權利之法規；行政機關非有確實事證不得對人民課予負擔處分。本件原告刊登之「加刊廣告」內容既未牴觸藥事法第六十六條第一項規定，亦未違反該法施行細則第四十七條內容，被告機關逕自爰引上該規定科處原告新台幣參萬元罰鍰，顯已違反「法治國原則」。敬請將原處分及一再訴願決定一併撤銷，並請行言詞辯論，以維權益等語。

被告答辯意旨略謂：一、本件原告於常春月刊第一三七期刊登廣告，其內容略以「富士低週波治療器慶祝週年慶，父親節八月一日-八月三十一日，凡於此期間購買本公司『富士』低週波治療器則送台北韓國濟州島來回機票旅遊抵用券三、〇〇〇元」等詞句係被告前核定「『富士』低週波治療器」北市衛器廣字第八三〇五三四八號廣告內容之外擅自加刊者，核其所為顯屬違反藥事法第六十六條及同法施行細則第四十七條第二款第三款之規定，被告依同法第九十二條第一項規定予以處罰，並無違誤。二、原告所謂被告所為違反比例原則，違反禁止不當連結原則與夫所謂藥事法第六十六條規定「所有」

一詞，亦作限縮解釋均係卸責之詞，不足採信，原處分及一再訴願決定均無違誤，敬請維持以維法制等語。

### 理 由

按藥商刊登藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件，違之者處新台幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰，為藥事法第六十六條第一項、第九十二條第一項所規定，本件被告北市衛署廣字第八三〇五三四八號藥物廣告內容原為：「『富士』低週波治療器」詎原告於常春月刊第一三七期刊登廣告時竟刊登為：「慶祝週年慶 父親節 8月1日-8月31日凡於此期間購買本公司『富士低週波治療器』則送台北

韓國濟州島來回機票旅遊抵用券三〇〇〇元」等字句，被告因認原告未經申請核准擅自加刊，違反藥事法規定，科處罰鍰新台幣三萬元，原告不服，循序提起行政訴訟，主張：藥事法第六十六條第一項規規定之目的在於健全藥品使用廣告之合理性促進一般民眾對藥品之正確認識，該條所謂「應於刊播前將『所有』文字 申請省（市）衛生主管機關核准」應作限縮解釋，倘對健全藥品廣告及藥品認識無涉，即不在禁止之列，原告加刊廣告非屬該條項及藥事法施行細則第四十七條禁止之範圍，原處分及一再訴願決定斷章取義，竟予處罰自屬違誤云云，惟查藥事法之所以嚴格規定藥商刊播藥物廣告應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞送請衛生主管機關核准，其主要目的在於避免藥商以不適當之方法促銷藥品，誤導及使消費者濫用，影響健康，此由同法施行細則曾有禁使用獎勵方式價銷，不准誇張藥物效能以及刊播方式影響民眾身心健康者可以撤銷核准等規定觀之甚明，本件原告既於核准刊登之廣告外擅自加刊週年慶 父親節，購買者可得旅遊抵用券等文字即難謂非以獎勵方式促銷未超出核准廣告之內容，復有以不當方法誤導消費者濫用之虞，原告所訴委無足採，是原處分依首揭藥事法規定科處罰鍰，一再訴願決定遞予維持均無違誤，原告起訴論旨，核無理由，應予駁回。據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 四 年 十 月 十 九 日  
（本聲請書其餘附件略）

# 司法院釋字第四一五號解釋

中華民國 85 年 11 月 8 日

院台大二字第 22346 號

## 解 釋 文

所得稅法有關個人綜合所得稅「免稅額」之規定，其目的在以稅捐之優惠使納稅義務人對特定親屬或家屬盡其法定扶養義務。同法第十七條第一項第一款第四目規定：「納稅義務人其他親屬或家屬，合於民法第一千一百十四條第四款及第一千一百二十三條第三項之規定，未滿二十歲或滿六十歲以上無謀生能力，確係受納稅義務人扶養者」，得於申報所得稅時按受扶養之人數減除免稅額，固須以納稅義務人與受扶養人同居一家為要件，惟家者，以永久共同生活之目的而同居為要件，納稅義務人與受扶養人是否為家長家屬，應取決於其有無共同生活之客觀事實，而不應以是否登記同一戶籍為唯一認定標準。所得稅法施行細則第二十一條之二規定：「本法第十七條第一項第一款第四目關於減除扶養親屬免稅額之規定，其為納稅義務人之其他親屬或家屬者，應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍，且確係受納稅義務人扶養者為限」，其應以與納稅義務人或其配偶「同一戶籍」為要件，限縮母法之適用，有違憲法第十九條租稅法律主義，其與上開解釋意旨不符部分應不予援用。

## 解釋理由書

憲法第十九條規定人民有依法律納稅之義務，係指稅捐主體、稅捐客體、稅基及稅率等稅捐構成要件，均應以法律明定之。主管機關基於法律概括授權而訂定之施行細則，僅得就實施母法有關之事項予以規範，對納稅義務及其要件不得另為增減或創設。所得稅法有關個人綜合所得稅「免稅額」之規定，其目的在使納稅義務人對特定親屬或家屬善盡其法定扶養義務，此亦為盡此扶養義務之納稅義務人應享之優惠，若施行細則得任意增減「免稅額」之要件，即與租稅法律主義之意旨不符。

所得稅法第十七條第一項第一款第四目規定：「納稅義務人其他

親屬或家屬，合於民法第一千一百十四條第四款及第一千一百二十三條第三項之規定，未滿二十歲或滿六十歲以上無謀生能力，確係受納稅義務人扶養者」，得於申報所得稅時按受扶養之人數減除免稅額，明示此項免稅額之享有，無論受扶養者為其他親屬或家屬，除確係受納稅義務人扶養外，尚須符合民法第一千一百十四條第四款及第一千一百二十三條第三項之規定，即以具備家長家屬關係為要件。所謂家，民法上係採實質要件主義，以永久共同生活為目的而同居一家為其認定標準，非必以登記同一戶籍者為限。戶籍法第四條雖規定，凡在一家共同生活者為一戶，惟以永久共同生活為目的之家長家屬，有時未必登記為一戶，如警察人員，其戶籍必須設於服務地區（財政部六十九年四月二日臺財稅第三二六三一號函），即其一例。所得稅法施行細則第二十一條之二規定：「本法第十七條第一項第一款第四目關於減除扶養親屬免稅額之規定，其為納稅義務人之其他親屬或家屬者，應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍，且確係受納稅義務人扶養者為限」，其「應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍」為唯一之認定標準，使納稅義務人不得舉證證明受扶養人確為與其共同生活之家屬，限縮母法之適用，有違首開憲法第十九條租稅法律主義之意旨，此不符部分應不予援用。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
林永謀 林國賢 施文森 城仲模  
孫森焱 陳計男 曾華松 董翔飛  
楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

### 抄郭O室聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第一項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如下。

主 旨：為所得稅法施行細則第二十一條之二「應以與納稅義務人同一戶籍」規定，為申報扶養直系血親卑親屬免稅額要件，顯然違反憲法第十九、二二、二三條保障人民權利之意旨，且

逾越母法「應以確受納稅義務人扶養」之真意，更與民法第六條、中央法規標準法第五、六、十八條等規定相牴觸，以及與鈞院院字第一五八三號、大法官會議三一三、三六七號，行政院七十七判字第一一九八號背道而馳。至於該施行細則規定「應以與納稅義務人同一戶籍」，與初生嬰兒未辦妥登記截然有別。

說明：

一、聲請解釋之目的：

財政部台灣省中區國稅局，認事用法違誤，使人民應有之合法權益受損害，雖循法律程序尋求救濟始終未果，爰請解釋認定所得稅法施行細則第二十一條之二「同一戶籍」之規定違反憲法，且與民法、中央法規標準法等相牴觸應為無效，當然對初生嬰兒未辦妥戶籍登記更不應予曲解為不同一戶籍，以保障人民應有之合法權益。

二、疑義或爭議之性質，法律或命令發生歧異之經過及涉及之憲法、法律或命令條文：

(一)緣八十一年度綜合所得稅結算申報扶養孫女郭0芳，因其在美國出生，現仍滯留國外，限於戶政法令，尚無法辦妥戶籍登記（內政部八十一年七月十日台(81)內戶字第八一〇四七七號函釋示：在國外出生之子女，一律俟其入境後，依規定辦理遷入登記），當然原告設籍台中縣神岡鄉岸裡村中山路000號戶口名簿還沒有登記郭0方戶籍資料，別無舉證郭0方另設戶籍事實，率爾認定其與原告係不同一戶籍，扭曲事實真象，導致適用法律違誤。

(二)再則，依民法第六條「人之權利能力，始於出生。」而非始於戶籍登記，其父在學，其母無法就業，唯仰賴原告扶養，曾檢附結匯憑證影本，足資佐證，亦無其他人申報扶養郭0方免稅額之事實，完全切合所得稅法第十七條第一項第一款第四目「確受納稅義務人（原告）扶養。」之規定，亦正符合憲法第十九條「人民有依法律納稅之義務」之意旨。

(三)至於所得稅法施行細則第二十一條之二「應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍。」然該施行細則應屬行政命令性質，其位階在中央法規標準法中定位在各種法律之下，因此既不能違背母法授權之目的，更不容與其他法律相牴觸，依中央法規標準法第十一條、憲法第一七一、一七二條規定「命令不得牴觸憲法或法律，否則無效。」司法院院字第一五八三號、大法官會議三一三、三六七號解釋、行政法院七十七年判字第一一九八號足資印證，豈料原決定捨本逐末，偏執該施行細則第二十一條之二「應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍。」之規定論斷，與憲法第十九、二二、二三條保障人民權利意旨不符。聞者無不表示難以置信，顯然逾越母法應以確受納稅義務人扶養之宗旨，更與民法第六條，中央法規標準法第五、六、十一條，憲法第十九、二二、二三、一七一、一七二條等法律相牴觸，及前述司法院解釋、行政法院判決案等背道而馳，原決定違法，已昭然若揭。經申請複查、訴願、再訴願、行政訴訟均未審酌釐清事實真象，依法更正。

### 三、聲請解釋之理由及聲請人對於本案所持之立場與見解

(一)財政部台灣省中區國稅局僅憑納稅義務人戶口名簿上尚未登記孫女戶籍資料，並未依行政訴訟法第三十三條準用民事訴訟法第二七七條規定舉證另設戶籍之事實，武斷與再審原告不同一戶籍，然而不同一戶籍與尚未辦妥戶籍登記截然有別，原判決亦未依行政訴訟法第二十二條規定調查事實真象，遂予推定，於情不合，於法難容。

(二)實際納稅義務人與孫女郭0方並非不同一戶籍，而是尚未能為其辦妥戶籍登記，亦非如原判決推斷乃原告之重大過失所致，而係囿於戶政法，有神岡鄉戶政事務所第一七八六號公文足以證明，絕非納稅義務人怠忽申報戶籍登記之故。

(三)納稅義務人扶養孫女郭0方事實，稅務機關並無反證，亦從未否認，惟行政法院判決認為其母楊0勤有謀生能力，

然未審酌楊0勤因懷孕育嬰，非但無法就業，且不得已放棄學業，母女全依靠再審原告扶養，有結匯單據可以佐證，何況無任何證據證明她有職業，符合民法第一一一八條「因負擔扶養義務而不能維持生活者，免除其義務。」容或楊0勤有就業，依所得稅法第十七條第一項第一款第四目規定，受扶養者之父或母屬於同法第四條第一、二款規定之現役軍人或托兒所、幼稚園、公立國民小學教職之免稅所得者，納稅義務人不得列報減除免稅額外，別無限制納稅義務人扶養親屬之規定，質言之，納稅義務人扶養孫女之義務，於法亦無不合，原判決擅自否定扶養孫女之事實，斷章取義，於情不合，於法無據。

- (四)稅務機關向來主張依法行政，行政法院原判決亦聲明本行政訴訟應優先適用所得稅法律，而實際運作又採用所得稅法衍生之行政命令，自相矛盾。況且該項施行細則不符合母法明定之目的，母法旨在確受納稅義務人扶養事實，即可列報減除扶養親屬免稅額，然而稅務機關堅持必須同一戶籍，否則，雖有確受納稅義務人扶養之事實，亦不准予列報減除扶養親屬免稅額，其不諱言是考量稽徵實務作業之需要所作之規定，顯然是不切實際的手段，而非母法之目的，是以不但違背母法，更與其他相關法律及憲法相牴觸，實勿庸議。
- (五)民法第六條「人之權利能力，始於出生。」現行所得稅法乃至施行細則均無出生嬰兒未辦妥戶籍登記之前受扶養權利之特別規定，實無優先適用所得稅法時，允宜適用民法相關規定論斷，非削足適履，才真正符合依法行政。
- (六)納稅義務人一再訴願、訴訟非為一己之私，而是期盼疏減民怨，喚起檢討修訂不合時宜法規，故不憚繁瑣，摩頂放踵，在所不辭。
- (七)納稅義務人與列報扶養孫女郭0方並非不同一戶籍，而是尚未為其在國內辦妥戶籍遷入登記，但其法定代理人已於洛杉磯辦事處為其申請中華民國護照時，即確定與納稅義

務人同戶設籍，依國際慣例駐外使、領館、辦事處等視同各該國領土主權之延伸，有台中縣神岡鄉戶政事務所函可資佐證，及洛城辦事處有案可稽。然再審被告始終未舉證郭0方另設戶籍之事實，憑空武斷不同一戶籍，與事實真相逕庭。

- (八)稅務機關一再引伸最高法院二十八上字第一五一四號裁判，當作判例，查該項裁判並未選為判例，然而裁判與判例有別，難怪再審被告居然將未辦妥戶籍登記，亦當成不同一戶籍，恣意認定事實，曲解法令。習以為常之故，實已違背公務員服務法第七條「公務員執行職務，應力求切實。」之要求。
- (九)最近教育部為礙難辦理戶籍登記之學齡兒童，特准其入學之行政裁量，適切至當，獲得輿論肯定，行政院亦未否定，卻苟同稅務機關偏執不准未辦妥戶籍登記之嬰兒受扶養之決定，豈不是雙重標準，不無違背憲法第七條「中華民國人民，在法律上一律平等。」之要義。
- (十)稅務機關誤解未辦妥戶籍登記者，亦應適用財政部七十三年八月十六日修正發布所得稅法施行細則第二十一條之二「扶養親屬免稅額，應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍。」與內政部八十一年七月十日台(81)內戶字第八一〇四一七七號函規定「在國外出生之子女，一律俟其入境後，依規定辦理遷入登記。」相牴觸，依中央法規標準法第十八條「從新從優」法則，應優先適用內政部之規範，俾使人民有所適從，才能疏減民怨。
- (十一)如前所述，本案原處分、決定及判決認事用法均有違誤，所得稅法施行細則第二十一條之二規定應以與納稅義務人同一戶籍既與憲法、法律解釋、判例相牴觸，宜解釋認定其無效，以及與初生嬰兒未辦妥戶籍登記截然有別，以保障人民權益，落實法治。

#### 四、關係文件之名稱及件數

行政院八十四年判字第二九二四號判決影本一份。

謹 陳  
司法院

聲請人：郭0室

中 華 民 國 八 十 五 年 一 月 十 日

附件：

行政法院判決

八十四年度判字第二九二四號

再審原告 郭0室（住略）

再審被告 財政部臺灣省中區國稅局

上當事人間因綜合所得稅事件，再審原告對於本院中華民國八十四年六月七日八十四年度判字第一四三號判決，提起再審之訴，本院判決如下：

主 文

再審之訴駁回。

事 實

緣再審原告民國八十一年度綜合所得稅結算申報，關於扶養親屬免稅額部分，再審被告認為再審原告列報之孫女郭0方未與其同一戶籍，乃予剔除免稅額新台幣（下同）六萬元，核定綜合所得總額九0三、五三一元，綜合所得淨額二八二、五六0元，應退稅額八、二二0元，再審原告不服，就扶養親屬免稅額剔除六萬元部分循序提起行政訴訟，為本院八十四年度判字第一四三二號判決駁回。再審原告主張該判決有行政訴訟法第二十八條第一款、第十款之再審事由，對之提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

再審原告起訴意旨及補充理由略謂：

- (一)再審被告僅憑再審原告戶口名簿上尚未登記孫女郭0方戶籍資料，並未依行政訴訟法第三十三條準用民事訴訟法第二七七條規定舉證另設戶籍之事實，武斷與再審原告不同一戶籍，然而不同一戶籍與尚未辦妥戶籍登記截然有別，原判決亦未依行政訴訟法第二十二條規定調查事實真象，遂予推定，於情不合，於法難容。
- (二)實際再審原告與孫女郭0方並非不同一戶籍，而是尚未能為其辦妥

戶籍登記，亦非如原判決推斷乃原告之重大過失所致，而係囿於戶政法規，有神岡鄉戶政事務所第一七八六號公文足以證明，絕非再審原告怠忽申報戶籍登記之故。

- (三)再審原告扶養孫女郭○芳事實，再審被告並無反證，亦從未否認，惟原判決認為其母楊○勤有謀生能力，然未審酌楊○勤因懷孕育嬰，非但無法就業，且不得已放棄學業，母女全依靠再審原告扶養，有結匯單據可以佐證，何況無任何證據證明她有職業，符合民法第一一一八條「因負擔扶養義務而不能維持生活者，免除其義務。」容或楊○勤有就業，依所得稅法第十七條第一項第一款第四目規定，受扶養者之父或母屬於同法第四條第一、二款規定之現役軍人或托兒所、幼稚園、公私立國民小學教職之免稅所得者，納稅義務人不得列報減除免稅額外，別無限制納稅義務人扶養親屬之規定，質言之，再審原告扶養孫女之義務，於法亦無不合，原判決擅自否定再審原告扶養孫女之事實，斷章取義，於情不合，於法無據，甚且違背行政訴訟法第二十七條規定之法理法則，至於所謂再審原告何不申報扶養楊○勤免稅額，乃是恪遵所得稅法第十七條之中並不合情理而合法之規定，亦非如原判決假定之說詞，實有待修法改正。
- (四)再審被告向來主張依法行政，原判決亦聲明本行政訴訟應優先適用所得稅法律，而實際運作又採用所得稅法衍生之行政命令，自相矛盾。況且該項施行細則不符合母法明定之目的，母法旨在確受納稅義務人扶養事實，即可列報減除扶養親屬免稅額，然而再審被告堅持必須同一戶籍，否則，雖有確受納稅義務人扶養之事實，亦不予列報減除扶養親屬免稅額，其不諱言是考量稽徵實務作業之需要所作之規定，顯然是不切實際的手段，而非母法之目的，是以不但違背母法，更與其他相關法律及憲法相牴觸，實勿庸議。
- (五)民法第六條「人之權利能力，始於出生。」現行所得稅法乃至施行細則均無出生嬰兒未辦妥戶籍登記之前受扶養權利之特別規定，實無從優先適用所得稅法時，允宜適用民法等相關規定論斷，非削足適履，才真正符合依法行政。
- (六)再審原告一再訴願、訴訟非為一己之私，而是期盼疏減民怨，喚起

檢討修訂不合時宜法規，故不憚繁瑣，摩頂放踵，在所不辭。尚祈鈞院長維護良法美意之行政救濟制度於不墜，基此，依行政訴訟法第二十八條第一、十款之事由及第二十九條之規定，提起再審之訴。

- (七)再審原告與列報扶養孫女郭O方並非不同一戶籍，而是尚未為其在國內辦妥戶籍遷入登記，但其法定代理人已於洛杉磯辦事處為其申請中華民國護照時，即確定與納稅義務人同戶設籍，依國際慣例駐外使、領館、辦事處等視同各該國領土主權之延伸，有台中縣神岡鄉戶政事務所函可資佐證，及洛城辦事處有案可稽。然再審被告始終未舉證郭O方另設戶籍之事實，憑空武斷不同一戶籍，與事實真相逕庭。
- (八)再審被告一再引伸最高法院二十八年上字第一五一四號裁判，當作判例，經查該項裁判並未選為判例，然而裁判與判例有別，難怪再審被告居然將未辦妥戶籍登記，亦當成不同一戶籍，恣意認定事實，曲解法令。習以為常之故，實已違背公務員服務法第七條「公務員執行職務，應力求切實。」之要求。
- (九)最近教育部為礙難辦理戶籍登記之學齡兒童，特准其入學之行政裁量，適切至當，獲得輿論肯定，行政院亦未否定，卻苟同被告偏執不准未辦妥戶籍登記之嬰兒受扶養之決定，豈不是雙重標準，不無違背憲法第七條「中華民國人民，在法律上一律平等。」之要義。
- (十)再審被告誤解未辦妥戶籍登記者，亦應適用財政部七十三年八月十六日修正發布所得稅法施行細則第二十一條之二「扶養親屬免稅額，應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍。」與內政部八十一年七月十日台(81)內戶字第八一〇四一七七號函規定「在國外出生之子女，一律俟其入境後，依規定辦理遷入登記。」相牴觸，依中央法規標準法第十八條「從新從優」法則，應優先適用內政部之規範，俾使人民有所適從，才能疏減民怨。綜上論陳，原判決適用法規顯有違誤，請予廢棄，併撤銷原處分及一再訴願決定，以保權益等語。

再審被告答辯意旨略謂：（一）按納稅義務人及其配偶之直系尊親屬、同胞兄弟、姊妹及納稅義務人之子女以外之其他親屬或家屬，合

於民法第一千一百十四條第四款及第一千一百二十三條第三項之規定，未滿二十歲或滿六十歲以上無謀生能力，確係受納稅義務人扶養者，得申報減除其免稅額，為行為時所得稅法第十七條第一項第一款第四目所規定；又上開關於減除扶養親屬免稅額之規定，其為納稅義務人之其他親屬或家屬者，應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍，且確係受納稅義務人扶養者為限，復為同法施行細則第二十一條之二所明定。（二）再審原告主張郭O方在國外出生，雖尚未在我國設籍，惟其確有扶養之事實，應准予列報扶養親屬免稅額云云，查租稅之徵收，當適用租稅法令之規定，再審原告申報扶養孫女，按所得稅法第十七條規定，係屬其他受扶養親屬，依規定應須合於民法第一千一百十四條第四款及第一千一百二十三條第三項之規定，且未滿二十歲或滿六十歲以上無謀生能力，確係受納稅義務人扶養者，並依照所得稅法施行細則第二十一條之二規定，自應與納稅義務人或其配偶同一戶籍始得減除扶養親屬免稅額。查民法第一千一百十四條第四款規定家長家屬相互間，互負扶養之義務，同法第一千一百二十三條第三項規定，雖非親屬而以永久共同生活為目的同居一家者，視為家屬。參照最高法院二十八年上字第一五一四號判例，民法第一千一百十四條第四款所稱家屬，係指以永久共同生活為目的而與家長同居一家者而言，其身分因與家長同居一家而發生，因由家分離而消滅，故所得稅法第十七條第一項第一款第四目規定得列報減除扶養親屬免稅額之其他親屬或家屬，當係指納稅義務人與受扶養者間，除需具有家長家屬關係外，並應以永久共同生活為目的同居一家，七十三年八月十六日修正發布之所得稅法施行細則則增訂第二十一條之二條文，規定本法第十七條第一項第一款第四目關於減除扶養親屬免稅額之規定，其為納稅義務人之其他親屬或家屬者，應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍，且確係受納稅義務人扶養者為限，其理由即係依所得稅法第十七條第一項第一款第四目並配合民法第一千一百十四條第四款及第一千一百二十三條第三項規定，同時考量稽徵實務作業之需要所作之規定，以資明確規範民法所稱家長家屬間互負扶養之義務，係指以永久共同生活為目的同居一家者而言，並利於徵納雙方遵循。至於再審原告主張未辦理孫女郭O方之戶籍登記乃因戶籍法規定「在臺灣地區原

有戶籍人民，在國外出生之子女，一律俟其入境後，始能辦理戶籍登記」，故未能辦理戶籍登記，並非是其重大過失云云。縱然未同居一家，單憑其於八十一年四月二十七日匯給其子郭0樞美金一萬元之結匯單即主張郭0方實際由其扶養云云，尚難採信。本案係依所得稅法第十七條第一項第一款第四目所為處分。而所得稅法施行細則係依所得稅法第一百二十一條授權規定而制訂，其第二十一條之二乃為達到其母法之所得稅法第二十七條第一項第一款第四目之規定目的所為之行政命令，經核尚無逾越其母法之情形。且上開所得稅法為本件行政訴訟應優先適用之法律。本局依法適用，自無違反或抵觸所謂國籍法、民法、兒童福利法、中央法規標準法及憲法規定之可言。從而再審原告所訴，無非持其一己主觀之法律見解而為解釋法律，要無足取。綜上，本件再審原告縱有扶養郭0方之事實，惟郭0方未與其同一戶籍，並不符合所得稅法施行細則第二十一條之二規定，亦不符合民法第一千一百十四條第四款家長家屬相互間互負扶養之義務，需以永久共同生活為目的而與納稅義務人同居一家之規定，自不得准予列報減除扶養親屬免稅額，原核定並無不合。另本案再審原告所提出再審之理由及主張，經查尚未發現有其他新事證或未經斟酌之處，核與行政訴訟法第二十八條規定得提起再審之訴之要件亦有所不合，請駁回再審之訴等語。

#### 理 由

按行政訴訟當事人對本院之判決提起再審之訴，必須具有行政訴訟法第二十八條所列各款情形之一者，始得為之，而該條第一款所謂適用法規顯有錯誤者，係指原判決所適用之法規與該案應適用之現行法規相違背或與解釋判例有所牴觸者而言，至於法律上見解之歧異，再審原告對之縱有爭執，要難謂為適用法規錯誤，而據為再審之理由，本院六十二年判字第六一0號著有判例；又該條第十款所謂發見未經斟酌之重要證物者，係指該證物在前訴訟程序中即已存在而當事人不知其存在，現始發現者而言，並以如經斟酌可受較有利益之裁判者為限，亦經本院六十九年判字第七三六號著有判例。本件再審原告因綜合所得稅事件，提起行政訴訟，經本院以八十四年度判字第一四三二號判決駁回其訴，該判決之理由係以：「按納稅義務人及其配偶之直

系尊親屬、同胞兄弟、姊妹及納稅義務人之子女以外之其他親屬或家屬，合於民法第一千一百十四條第四款及第一千一百二十三條第三項之規定，未滿二十歲或滿六十歲以上無謀生能力，確係受納稅義務人扶養者，得申報減除其免稅額，為行為時所得稅法第十七條第一項第一款第四目所規定；又上開關於減除扶養親屬免稅額之規定，其為納稅義務人之其他親屬或家屬者，應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍，且確係受納稅義務人扶養者為限，復為同法施行細則第二十一條之二定有明文。」本件再審原告八十一年度綜合所得稅結算申報，關於扶養親屬免稅額部分，再審被告以再審原告列報之孫女郭0方未與其同一戶籍，乃予剔除免稅額陸萬元，再審原告不服，主張郭0方為再審原告之孫女，依民法規定再審原告負有扶養義務，因在美國出生，雖未辦妥戶籍登記，惟依國籍法第一條規定，已取得我國國籍，而郭0方之父在學，母無法就業，均與其同一戶籍，且受再審原告扶養，有結匯單可憑，郭0方僅為一嗷嗷待哺之嬰兒，怎可能另設戶籍，依習慣或法理，應視同與其父母同一戶籍，且為再審原告所扶養云云。然查：依再審原告提出之郭0方護照，其出生日期為八十一年五月六日，距再審原告申報八十一年度綜合所得稅截止日期之八十二年三月底長達九個多月，再審原告始終未依戶籍法為其辦理出生之身分登記，致不符首開規定，不得申報減除其免稅額，乃再審原告之重大過失所致；而美國國籍之取得係採出生地主義，郭0方既在美國出生，本已取得美國國籍，尚難謂為不可能在美國另設戶籍，否則再審原告為何不為其在台申報戶籍登記；次查：再審原告所提郭0方護照，係八十二年五月十日簽發，載有「持照人於八十二年八月十日前准予進入中華民國臺灣省，足證郭0方在八十二年八月十日以前並未領有我國護照，且僅能於八十二年八月十日以前返台，顯難認為與設戶籍於臺灣之再審原告為同一戶籍，再審原告之主張，核無足採。復查：再審原告主張依民法第一千一百十四條第一款規定，其為郭0方之直系血親尊親屬之祖父，依法對郭0方有扶養義務一節，然依民法第一千一百十五條第二項規定「同係直系尊親屬或直系卑親屬者，以親等近者為先。」再審原告之孫女郭0方之父母均健在，雖再審原告主張郭0方之父即原告之子郭0樞在學，無力扶養，依其所提出之結

匯單，縱屬實在，惟郭0方之母楊0勤係五十四年十一月二十四日出生，有戶口名簿影本附原處分卷可稽，時值青壯年期顯有謀生能力，此由再審原告未申報楊0勤由其扶養可以佐證，自應由楊0勤優先負扶養義務，再審原告空口主張楊0勤無法就業，郭0方實際由其扶養云云，尚難採信。再審原告對其孫女郭0方之扶養義務既因郭0方之母楊0勤能優先扶養而中斷，即難認為再審原告確係負責扶養郭0方之人，再審被告予以剔除該部分扶養親屬免稅額，於法尚無不合。矧本件再審被告係依所得稅法第十七條第一項第一款第四目所為處分，而所得稅法施行細則係依所得稅法第一百二十一條授權規定而制訂，其第二十一條之二乃為達到其母法之所得稅法第十七條第一項第一款第四目之規定目的所為之行政命令，經核尚無逾越其母法之情形，而上開所得稅法為本件行政訴訟應優先適用之法律，再審被告依法適用，自無違反或牴觸所謂國籍法、民法、兒童福利法、中央法規標準法及憲法規定之可言。從而再審原告所訴，無非持其一己主觀之法律見解而為解釋法律，要無足取。本件原處分揆諸首揭規定，洵無違誤。一再訴願決定，遞予維持，俱無不合，遂駁回再審原告之行政訴訟。核原判決所適用法律與該案應適用之現行法律並無違背，亦無與現解釋、判例互相牴觸情形，再審原告依一己歧異之法律見解，指摘原判決適用法規顯然錯誤，依行政訴訟法第二十八條第一款提起再審之訴，難認為有再審理由。至於再審原告又依同法條第十款提起再審之訴部分，雖據提出台中縣神岡鄉戶政事務所簡便行文表（84.6.22八四神鄉戶字第一七八六號）及楊0勤護照影本與美國政府對留學生規訂指導手冊影本為證，惟均未能證明該郭0方已遷入再審原告同一戶籍，縱為再審原告實際上所扶養，仍難謂符合行為時所得稅法第十七條第一項第一款第四目及同法施行細則第二十一條之二所定申報減除免稅額之要件，依首揭判例意旨自難為有利再審原告之認定，再審原告據此依行政訴訟法第二十八條第十款提起再審之訴，亦難認有再審理由。

據上論結，本件再審之訴為無理由，爰依行政訴訟法第三十三條、民事訴訟法第五百零二條第二項，判決如主文。

中華民國八十四年十一月二十四日

## 司法院釋字第四一六號解釋

中華民國 85 年 12 月 6 日

院台大二字第 24659 號

### 解 釋 文

最高法院七十一年台上字第三一四號判例所稱：「當事人依民事訴訟法第四百六十八條規定以第二審判決有不適用法規或適用法規不當為上訴理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容，若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣，倘為司法院解釋或本院之判例，則應揭示該判解之字號或其內容，如依民事訴訟法第四百六十九條所列各款事由提起第三審上訴者，其上訴狀或理由書應揭示合於該條款之事實，上訴狀或理由書如未依此項方法表明者，即難認為已對第二審判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。」係基於民事訴訟法第四百七十條第二項、第四百七十六條規定之意旨，就條文之適用，所為文義之闡析及就判決違背法令具體表明方法之說明，並未增加法律所未規定之限制，無礙人民訴訟權之正當行使，與憲法尚無抵觸。

### 解釋理由書

按憲法第十六條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言，迭經本院釋字第一五四號、第一六〇號、第一七九號解釋理由釋明在案。惟此項權利應如何行使，憲法並未設有明文，自得由立法機關衡量訴訟事件之性質，為合理之規定。民事訴訟法第四百六十七條就第三審法院之審判，定為法律審，規定對於第二審判決上訴，非以其違背法令為理由不得為之。同法第四百七十條第一項及第二項復規定提起上訴，應以上訴狀提出於原第二審法院為之，上訴狀內應表明上訴理由。同法第四百七十一條第一項並規定：「上訴狀內未表明上訴理由者，上訴人應於提起上訴後二十日內，提出理由書於原第二審法院；未提出者，毋庸命其補正，由原第二審法院以裁定駁回之」，即採所謂第三審上訴理由書提出強制主義，俾第三審法院得

據以審理，並防止當事人之濫行上訴。至上訴理由應如何記載始符上開規定，同法未設有規定，最高法院七十一年台上字第三一四號判例所稱：「當事人依民事訴訟法第四百六十八條規定以第二審判決有不適用法規或適用法規不當為上訴理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容，若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣，倘為司法院解釋或本院之判例，則應揭示該判解之字號或其內容，如依民事訴訟法第四百六十九條所列各款事由提起第三審上訴者，其上訴狀或理由書應揭示合於該條款之事實，上訴狀或理由書如未依此項方法表明者，即難認為已對第二審判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。」係為上開法律之適用，所為文義之闡析及就判決違背法令具體表明方法之說明，並未增加法律所未規定之限制，無礙人民訴訟權之正當行使，與憲法尚無牴觸。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

抄吳 0 鎮聲請書

受文者：司法院

主 旨：為最高法院八十五年度台上字第一 0 八二號裁定所適用該院七十一年台上字第三一四號判例，發生牴觸憲法第十六條、第二十三條之疑義，謹依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請解釋最高法院七十一年台上字第三一四號判例牴觸憲法。

說 明：

一、聲請解釋憲法之目的：

最高法院八十五年度台上字第一 0 八二號裁定（附件一），所適用該院七十一年台上字第三一四號判例（附件二）牴觸憲法第十六條人民訴訟權之保障，並違背憲法第二

十三條之保留原則，爰依法聲請鈞院大法官會議解釋該判例與憲法第十六條、第二十三條之規定牴觸。

## 二、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文：

(一)緣聲請人等與訴外人陳○正請求分割共有物事件，經彰化地方法院八十三年度訴字第一三九號判決（附件三），經聲請人等上訴於台灣高等法院台中分院，經以八十三年度上字第五八○號判決（附件四），爰聲請人對分割方案尚有不服，於84.9.12補具理由上訴於最高法院（附件五），惟經最高法院以八十五年台上字第一○八二號裁定，駁回上訴。

(二)最高法院八十五年台上字第一○八二號裁定理由稱「按對於第二審判決上訴，非以其違背法令為理由，不得為之。民事訴訟法第四百六十七條定有明文。依同法第四百六十八條規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令。而判決有同法第四百六十九條所列各款情形之一者，為當然違背法令。是當事人提起上訴，如依民事訴訟法第四百六十八條規定，以第二審判決有不適用法規或適用法規不當為理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容。若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣。倘為司法院解釋、或本院之判例，則應揭示該判解之字號或其內容。如以民事訴訟法第四百六十九條所列各款情形為理由時，其上訴狀或理由書，應揭示合於該條款之事實。上訴狀或理由書如未依此項方法表明，或其所表明者，顯與上開法條規定之情形不相合時，即難認為已對第二審判決違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。查本件係上訴人對第二審判決提起上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實及本其自由裁量權所定之分割方法指摘其為不當，而未具體表明合於不適用法規、適用法規不當、或民事訴訟法第四百六十九條所列各款之情形，難認對該判決之如何違背法令已有具體之指摘。」上

揭理由與附件二最高法院七十一年台上字第三一四號判例雷同，自係引用該判例為裁定駁回之依據，認有牴觸憲法第十六條與第二十三條之情形。

### 三、聲請解釋憲法之理由及對本案所持之立場及見解：

#### (一)上開判例，侵害人民之訴訟權及違背法律保留原則：

##### 1. 按憲法第十六條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。

於民事權益糾紛解決之法定程序，立法院訂定有民事訴訟法，採三級三審制。當事人對不服第一審之判決得上訴於第二審、對不服第二審之判決得上訴第三審。又依我國民事訴訟制度，第一、二審為事實審、第三審為法律審。故上訴第三審除有金額之限制外，該法第四六七條規定「對於第二審判決上訴，非以其違背法令為理由，不得為之。」所謂違背法令，依該法第四六八條解釋為「判決不適用法則或適用不當者，為違背法令」，及同法第四六九條所列六款事由為當然違背法令。

2. 因第三審之判決，以不經言詞辯論為原則，故上訴狀內應表明上訴理由，所謂表明上訴理由，亦僅須主張第二審判決有上揭法條要求之違背法令之情形為已足，並非須第二審判決確有違背法令之處，更非須在「上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容，若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣，倘為司法院解釋或本院之判例，則應揭示該判解之字號或其內容。如以民事訴訟法第四六九條所列各款情形為理由時，其上訴狀或理由書，應揭示合於該條款之事實」之必要。故最高法院八十五年台上字第一〇八二號裁定、七十一年台上字第三一四號判例稱「上訴狀或理由書如未依此項方法表明或其所表明者，顯與上開法條規定之情形不相合時，即難認為已對第二審判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法」，顯然有侵害人民憲法上訴訟權之嫌。

3. 依民事訴訟法第四八一條準用同法第四四四條之規定，

第三審法院對上訴第三審得以裁定駁回者有(1)上訴不合程式(2)已逾上訴期間(3)法律上不應准許者。而綜觀民事訴訟法，並無條文規定上訴第三審之上訴狀或理由書「須具體表明合於不適用法規或適用法規不當，或民事訴訟法第四六九條所列各款之情形」。按人民之訴訟權係憲法所保障之權利，若有限制之必要，自應依憲法第二十三條及中央法規標準法第五條之規定，依立法程序予以立法，非依法律不得擅自戕害人民在憲法所應受保障之權益，而最高法院之判例，並非中央法規標準法第四條所規定之「法律」甚明，最高法院七十一年台上字第三一四號判例竟恣意限制人民提起第三審上訴之權利，顯然牴觸憲法第二十三條規定，應屬無效。

4. 又民事訴訟法第四七五條第二項規定「第三審法院調查第二審判決有無違背法令，不受上訴理由之拘束」。故以上訴狀或理由書未具體表明合於不適用法規、適用法規不當或民事訴訟法第四六九條所列各款之情形，即以其上訴不合法而裁定駁回，亦與民事訴訟法第四七五條第二項之規定意旨不符。
5. 按民事訴訟之起訴或上訴須以狀紙依法定程式為之，故民事訴訟為專門之法學知識，縱習法者亦未能熟稔，一般之民眾，更常受苦於法定程式之未備。況且，我國民事訴訟制度並未強制須委任由律師處理，故最高法院判例要求上訴第三審之上訴狀或理由書須具體表明合於違背法令之指摘，否則即以上訴不合法裁定駁回，顯然對人民訴訟權益為不當之負擔，實質侵害人民憲法上之訴訟權。又上揭起訴或上訴不符法定程式，依民事訴訟法第二九四條、第四四四條之規定，法院亦應先定期間命其補正，當事人逾期不為補正始可裁定駁回。而第三審法院以上訴人之上訴狀或理由書未具體表明指摘原判決違背法令裁定駁回上訴，既未定期間先命上訴人補正，對當事人之訴訟權益之限制亦不符憲法第二十三條之比

例原則。

四、綜合上陳，最高法院七十一年台上字第三一四號判例、八十五年台上字第一〇八二號裁定，顯然牴觸憲法第十六條、第二十三條之規定，爰謹請鈞院鑒核，惠准進行違憲審查，以維人民行政訴訟權利之充分保障，至感德便。

聲請人：吳〇鎮

中華民國八十五年七月四日  
附件：

- 一、八十五年度台上字第一〇八二號裁定影本一份。
- 二、七十一年度台上字第三一四號判例影本一份。
- 三、八十三年度訴字第一三九號判決影本一份。
- 四、八十三年度上字第五八〇號判決影本一份。
- 五、上訴理由狀影本一份。

附件一：

最高法院民事裁定

八十五年度台上字第一〇八二號

上訴人 吳〇環 (住略)  
吳〇 (住略)  
吳〇雲 (住略)  
吳〇元 (住略)  
吳〇鎮 (住略)  
吳〇守 (住略)  
吳〇國 (住略)  
吳〇居 (住略)  
吳〇林 (住略)

被上訴人 陳〇正 (住略)

上當事人間請求分割共有物事件，上訴人對於中華民國八十四年八月七日台灣高等法院台中分院第二審判決（八十三年度上字第五八〇號），提起上訴，本院裁定如下：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件訴訟繫屬中，當事人鍾○枝將系爭坐落彰化縣溪湖鎮阿媽厝段三塊厝小段○○○號土地應有部分移轉於第三人吳○國、吳○居、吳○林三人（每人應有部分均為十八分之一），吳○國等三人聲明承當訴訟，業經他造即被上訴人同意，依民事訴訟法第二百五十四條規定，應予准許，合先敘明。

按對於第二審判決上訴，非以其違背法令為理由，不得為之。民事訴訟法第四百六十七條定有明文。依同法第四百六十八條規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令。而判決有同法第四百六十九條所列各款情形之一者，為當然違背法令。是當事人提起上訴，如依民事訴訟法第四百六十八條規定，以第二審判決有不適用法規或適用法規不當為理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容。若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣。倘為司法院解釋、或本院之判例，則應揭示該判解之字號或其內容。如以民事訴訟法第四百六十九條所列各款情形為理由時，其上訴狀或理由書，應揭示合於該條款之事實。上訴狀或理由書如未依此項方法表明，或其所表明者，顯與上開法條規定之情形不相合時，即難認為已對第二審判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。查本件上訴人對第二審判決提起上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實及本其自由裁量權所定之分割方法指摘其為不當，而未具體表明合於不適用法規、適用法規不當、或民事訴訟法第四百六十九條所列各款之情形，難認對該判決之如何違背法令已有具體之指摘。依首揭說明，應認其上訴為不合法。

據上論結，本件上訴為不合法。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十四條第一項、第九十五條、第七十八條，裁定如主文。

中 華 民 國 八 十 五 年 五 月 十 六 日  
（本聲請書其餘附件略）

# 司法院釋字第四一七號解釋

中華民國 85 年 12 月 6 日

院台大二字第 24660 號

## 解 釋 文

道路交通管理處罰條例第七十八條第三款規定：行人在道路上不依規定，擅自穿越車道者，處一百二十元罰鍰，或施一至二小時之道路交通安全講習，係為維持社會秩序及公共利益所必需，與憲法尚無牴觸。依同條例授權訂定之道路交通安全規則第一百三十四條第一款規定：行人穿越道路設有行人穿越道、人行天橋或人行地下道者，必須經由行人穿越道、人行天橋或人行地下道穿越，不得在其三 0 公尺範圍內穿越道路，係就上開處罰之構成要件為必要之補充規定，固符合該條例之立法意旨；惟行人穿越道、人行天橋及人行地下道之設置，應選擇適當之地點，注意設置之必要性及大眾穿越之方便與安全，並考慮殘障人士或其他行動不便者及天候災變等難以使用之因素，參酌同條例第七十八條第二款對有正當理由不能穿越天橋、地下道之行人不予處罰之意旨，檢討修正上開規則。

## 解釋理由書

國家為加強交通管理、維持交通秩序及確保交通安全，乃制定道路交通管理處罰條例，俾車輛及行人共同遵行。如有違反，則予處罰，以維護人車通行之安全，進而保障人民之生命、身體及財產。該條例第七十八條第三款規定：行人在道路上不依規定，擅自穿越車道者，處一百二十元罰鍰，或施一至二小時之道路交通安全講習。其對人民違反行政法上義務之行為予以處罰，係為維持社會秩序及增進公共利益所必需，與憲法第二十三條以法律限制人民自由權利之意旨尚無牴觸。至同條例第九十二條授權訂定之道路交通安全規則第一百三十四條第一款規定：行人穿越道路設有行人穿越道、人行天橋或人行地下道者，必須經由行人穿越道、人行天橋或人行地下道穿越，不得在其三 0 公尺範圍內穿越道路，係就上開法條處罰構成要件中「依規定」所為之必要補充，固與該條例之立法意旨相符；惟行人穿越道、

人行天橋及人行地下道之設置，應選擇適當之地點，注意設置之必要性及大眾穿越之方便與安全，並考慮殘障人士或其他行動不便者及天候災變等難以使用之因素，參酌同條例第七十八條第二款對有正當理由不能穿越天橋、地下道之行人不予處罰之意旨，檢討修正上開規則。

大法官會議 主 席 施啟揚  
大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

### 一部不同意見書 大法官 劉鐵錚

「道路交通管理處罰條例第七十八條第三款規定：行人在道路上不依規定，擅自穿越車道者，處一百二十元罰鍰，或施一至二小時之道路交通安全講習，係為維持社會秩序及公共利益所必需，與憲法尚無抵觸。依同條例授權訂定之道路交通安全規則第一百三十四條第一款規定：行人穿越道路設有行人穿越道、人行天橋或人行地下道者，必須經由行人穿越道、人行天橋或人行地下道穿越，不得在其三〇公尺範圍內穿越道路，係就上開處罰之構成要件為必要之補充規定，符合該條例之立法意旨」，本席均表贊同；對行人穿越道之設置，應盡量考慮殘障人士或其他行動不便者之方便，尤表支持；惟對「並考慮殘障人士或其他行動不便者及天候災變等難以使用之因素，參酌同條例第七十八條第二款對有正當理由不能穿越天橋、地下道之行人不予處罰之意旨，檢討修正上開規則」一段，則表示反對，並認為關係重大，爰為一部不同意見書如後：

在不設行人穿越道（僅設有天橋、地下道）之道路，前述法令為保障行人之安全，故對不經由天橋、地下道穿越道路者，訂有處罰之明文。立法之目的，在提高行人之警覺，罰期無罰，以嚇阻行人穿越「虎口」，俾保障行人之安全。倘吾人建議對殘障人士或其他行動不便者可不予處罰，由於虎口仍為虎口（未設置行人穿越道），一般人因有罰則之嚇阻，不敢穿越道路，得保生命之安全；而殘障人士及其

他行動不便者，穿越道路如可不罰，則難免輕心，致陷虎口，而危及生命，「吾人愛之，豈非害之」，「我不殺伯仁，伯仁為我而死」，此豈吾人應有之同情心乎！

## 抄梁 0 恩聲請書

為因憲法所保障之財產權遭受不法侵害，經依法提起訴訟，對於確定終局裁判適用之法律及命令認為有牴觸憲法之疑義，茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請解釋憲法如次：

### 一、聲請解釋憲法之目的

請宣告道路交通管理處罰條例第七十八條及道路交通安全規則第一百三十四條第一款違反憲法第二十三條，應歸無效，又此項聲請之目的有四：（一）回復聲請人由於行政機關執行違反憲法之法律及命令所遭受之財產上之損失。（二）排除此項違反憲法之法律及命令，以免其他人民亦遭受損害。（三）防止由於此項違反憲法以致不切實際之法律命令之存在，使行政機關藉此選擇執法，造成人民對於法律及政府之不信任感及蔑視。（四）使立法機關知所警惕，養成其慎重立法及尊重憲法之觀念。

### 二、疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文

聲請人於八十二年四月十七日早晨沿台北市中山北路西邊人行道北行，於橫越農安街時，遭交通警察攔阻，並以違反道路交通管理處罰條例第七十八條及道路交通安全規則第一百三十四條第一款為由開付交通違規通知單（附件一），而於八十二年七月二十九日以「違反道路管理事件裁決書」裁決罰鍰銀元一百二十元（北市警違交裁字第一一五一六七號，附件二）。按道路交通管理處罰條例（以下簡稱「道交管條例」）第七十八條規定：「行人在道路上有左列情形之一者，處一百二十元罰鍰或施一至二小時之道路交通安全講習 三、不依規定，擅自穿越車道者」。又道路交通安全規則（以下簡稱「道交安規則」）第一百三十四條第一款規定：「行人穿越道路，應依左列規定：一、設有行人穿越道、人行天橋或人行地下道者，必須經由行人穿越

道、人行天橋或人行地下道穿越，不得在其三十公尺範圍內穿越道路」。聲請人認為裁決書所依據之上揭道交管條例第七十八條及道交安規則第一百三十四條違反憲法第二十三條，乃向台灣台北地方法院交通法庭聲明異議。該法院於八十二年十月四日裁定撤銷原處分（八十二年度交聲字第一四三號，附件三），但認為聲請人不在劃設之人行道通行，乃違反道交管條例第七十八條第二款規定，仍處罰鍰一百二十元，並認為該條例無違憲之處。聲請人不服，乃向台灣高等法院提起抗告。對此，台灣高等法院刑事庭於八十三年一月四日裁定（八十二年度交抗字第一〇九號，附件四），其主文僅謂：「原裁定撤銷」，其理由為原審引用法條錯誤，惟在理由內則謂聲請人（抗告人）所指摘法律違憲之嫌及人行地下道設置地點不當云云均非事實，審法院所應審究。其又謂「發回原法院」云云。由於主文僅謂原裁定撤銷，則雖在理由內提及「發回原法院」屬主文與理由矛盾。在刑事判決，主文不應更改，故聲請人以為本件已確定。不料仍發回台灣台北地方法院，而遲至八十三年十二月十四日裁定「異議駁回」（八十三年度交聲更字第一號，附件五），其理由仍謂道交管條例為立法院三讀通過，總統公布之法律，其是否違憲非法院所應審究云云。聲請人不服再提起抗告。對此，台灣高等法院於八十四年二月二十三日裁定「抗告駁回」（八十四年度交抗字第二十一號，附件六。八十四年三月四日收受送達），其理由則謂道交管條例並未違憲云云。此裁定並註明「不得抗告」。至此本件乃確定。聲請人遂不得不繳納新台幣三百六十元之罰鍰。（附件七）

### 三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所採之立場與見解

查聲請人被舉發的違規為穿越道路不走地下道，其法令的根據是「道路交通管理處罰條例」第七十八條第三款，其規定為：「行人在道路上有左列情形之一者，處一百二十元罰鍰，或施一至二小時之道路交通安全講習 三、不依規定擅自穿越車道者」。此處所謂不依規定之「規定」，應該是指「道路交通安全規則」。其第一百三十四條規定：「行人穿越道路，應依左列

規定：一、設有行人穿越道、人行天橋或人行地下道者，必須經由行人穿越道、人行天橋或人行地下道穿越，不得在其三十公尺範圍內穿越道路。二」。惟此項條例之有關規定為違反憲法，皆應屬無效，茲分述於次：

1. 「道路交通管理處罰條例」（簡稱「道交管條例」）

- (1)自道交管條例第七十八條之規定而言，其罰則為罰鍰及參加講習。前者為對於人民財產權之剝奪，後者雖稱為「講習」。實際上必須在規定之時間內受限於一定空間（教室等），不能走到外面，亦為人身自由的限制。二者都是對於憲法第二章所稱之人民之自由權利之限制，憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」，換言之，要限制這些人民之基本權利，除必須以「法律」為之以外，還必須具備上述四個目的（①防止妨礙他人自由，②避免緊急危難，③維持社會秩序，④增進公共利益），並且還要在「所必要」之限度之內。因此，限制不合於四種目的之一，或雖合於四種目的之一，而其所限制者乃超過必要程度之上，這種法律是違憲的（參薩孟武著「中國憲法新論」一百二十四頁、林紀東著「中華民國憲法釋論」第一百六十五頁），如就此觀點來看，道交管條例第七十八條之規定是顯然違反憲法，因為其處罰超過「所必要之程度」。其處罰為銀元一百二十元（即新台幣三百六十元）或一小時以上二小時以下之講習（即自由之限制）。新台幣三百六十元金額，依我國之經濟水準，相當於一些人將近一日之所得（老人年金如以每月5千元計算，每日不過166元）。尤其是行人不少為經濟上弱者，這個罰鍰不是小數目，行人之交通違規固然有嚴重的，也有的是芝麻蒜皮，只注意或警告一下就可以的。但這個處罰沒有程度之分，一律固定的三百六十元（沒有「以下」）或是剝奪一小時以上之自由。依常理，輕微的違規行為必須有危害的結果發生（例如妨礙交通或引起危險），始有加以嚴罰的

必要。如果一有違反的行為就加以嚴重的處罰，實在過酷。例如社會秩序維護法就有不少規定是「元以下罰鍰」或「申誡」的，可以依情節輕重而為適當的裁處。依道交管條例第七十八條，如果確有「違規」之事，警察舉發了，法院也沒權減輕，這個處罰對於情節輕微的，顯然是超過「所必要的程度」。如果真正嚴格取締，對於行人大眾構成嚴重的威脅及騷擾，將導致警察國家的威權統治，有違憲法的基本精神，乃至破壞民主自由的氣息。何況，交通規則為頗具技術性之規章，有不少規定依常理也推想不出來，不要說一般市民，連大學教授也不見得全部知悉。在這種狀況之下，一有違反處罰，無異不教而誅，顯然不合理。

- (2)道交管條例第七十八條第三款謂：「不依規定擅自穿越車道者」，此所謂「規定」究竟何指，在第三條名詞定義沒有規定，究竟如何機關所制定的「規定」才算數，才不得違反，沒有明確。道路交通安全規則（由交通部及內政部會銜訂定）固可稱為此處之「規定」，如為警察局訂定的算不算，鄉鎮公所公布的算不算？此類規定有違罪刑法定主義的精神（處罰規定不明確）。
- (3)又按道交管條例第七十八條規定為處罰規定，第三款之「不依規定擅自穿越車道」為違規構成要件，卻把其中一部分授權其他機關規定，應屬違法。中央法規制定標準法第五條規定：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利義務者。四、其他重要事項之應以法律定之者」。交通規則本身雖未必為應以法律規定之事項，但如其違反有罰則可牽涉到人民自由權利之侵害，則成為應以法律規定之事項，如用委任立法之方式，應明確規定其基本原則構成要件及限定其範圍，不可過於廣泛。因為有關財產權、自由權之處罰規定，其處罰之規定本身、處罰之重輕、內容、方式，固為應依法律規定之事項，其構成處罰之犯罪違規要件亦為侵害自由權財產權之重要內容，不得用空白委任之方式，且必須明確（參張

家洋著「行政法」第七十八頁（九）、第七十九頁（十一），城仲模著「行政法之基礎理論」第一百九十三、一百九十四頁，美國法；第二百二十一頁，日本法）。尤其在本條情形，其處罰為固定的金額或時間，執行機關及法院皆無裁量之餘地，此項對於違規構成要件之委任立法的空白規定過於廣泛，應屬違反憲法第二十三條及中央法規標準法第三十六條之規定。

## 2. 道路交通安全規則（簡稱「道交安規則」）

- (1) 道交安規則在形式上係根據道交管條例第九十二條規定授權而來。此項授權之違憲性固如上述，其內容之是否合理妥當，也應予探討。因為法律授權以行政命令制定時，此行政命令之內容必須合理妥當，且必須符合其所授權之法律（母法）的立法精神與目的，否則仍屬逾越授權範圍（參張著前揭第七十九頁（十一））。

道交安規則第一百三十四條第一款規定：「行人穿越道路，應依左列規定：一、設有行人穿越道、人行天橋或人行地下道者，必須經由穿越道、人行天橋或人行地下道穿越，不得在其三十公尺範圍內穿越道路。」換言之，凡有人行天橋、地下道者，行人必須使用之，而不得在路上走。此規定頗不合理、不合法，也不切實際。

公共道路為大家所有，車輛可以走，行人也可以走，不能說凡設有天橋、地下道時就可以剝奪行人之使用權利。天橋、地下道係為行人之安全而設，固無疑問。但走天橋、地下道頗不方便（台北市有不少地下道挖掘甚深，行走此地下道其辛勞有逾上下三樓樓梯者），尤其對於老人、手推車、輪椅、關節不便的、心臟體力衰弱的行人等，可構成很大的痛苦。行人不能因有安全設備就必須被剝奪方便，二者不是交換條件，如以此做為交換條件時，至少在建設之前要召開附近居民的公聽會，取得其同意，始算合理。行人應否被禁止穿越，必須就各路的狀況個別判斷，其與有無天橋、地下道並無必然的關連。不是說凡有天橋、地下道的地方，其道

路就不安全。事實上台北市的不少天橋、地下道並非全部在頗寬廣或交通極端頻繁之處。有不少是因為為了寬廣的幹道而設置挖掘時，附帶的在支道設置挖掘的。例如中山北路為寬廣幹道，故設有不少地下道。其中南京東西路、民權東西路亦為寬廣大道，走地下道可能較安全。但農安街、錦州街、長安東西路、民族東路、民生西路等則不甚寬大並無走地下道之必要。尤其是聲請人被取締之農安街，頗為狹窄，數步即可穿越。錦州街、錦西街亦可算狹窄，如果僅南北行，根本無走地下道之必要（錦州街且為單行道，穿越甚為安全）。這些地下道是因中山北路的工程附帶一併挖設的，並非因安全的理由（台北市類此情形的天橋、地下道不少）。如為此而剝奪了行人的「行」的方便及走路面的權利，顯然不合理，且不切實際，而違背委任立法的必須合理的「實質的原則」，應屬違法。實際上，單是橫越聲請人前事務所附近的松江路口東西邊之長安東路，每天不走地下道而穿越地面道路者，即有數百人或逾千人。全台北市不走地下道、天橋而穿越道路者，應有數萬人。如認真取締，無此警力，亦無必要，但不取締而坐視每日數萬人違規，甚有損法令尊嚴，亦可開啟選擇執法之弊。法令制定了，必須可以執行。不能執行的法令，必然是違憲。又剝奪行人的走路的權利，卻方便了汽車、機車的通行，根本就是欺負走路大眾以取悅車輪族，亦有違憲法第七條、第二十二條之平等原則。如果沒有具備第二十三條之「所必要」的要件，應屬違憲。

- (2)附帶的問題是，交通規則甚有地方性，因為各道路地形等交通狀況不同。故制定交通規則時應有當地居民代表的參與，且各地區可能略有不同。道交安規則僅由中央之內政部及交通部會同制定，沒有地方機關參與，卻一律適用於全國，牽涉到制定機關是否合法妥當的問題，也就是行政法規制定的「形式的原則」問題。

四、關係文件之名稱及件數（皆為影本）：

1. 台北市警察局交通大隊「舉發違反道路交通管理事件通知單」(北市警交(80)D 字第七九七八四四號)。
2. 台北市警察局「違反道路交通管理事件裁決書」(八十二年七月二十九日, 北市警違交裁字第一一五一六七號)。
3. 台灣台北地方法院交通事件裁定(八十二年度交聲字第一四六號)。
4. 台灣高等法院刑事裁定(八十二年度交抗字第一〇九號)。
5. 台灣台北地方法院交通事件裁定(八十三年度交聲更字第一號)。
6. 台灣高等法院刑事裁定(八十四年度交抗字第二十一號)。
7. 台北市政府交通違規罰鍰收據。

為此聲請解釋憲法, 敬請將上揭違憲之法律及命令宣告無效, 以實現憲法規定之效力, 並貫徹民主政治之精神, 實為國家之大幸。

謹 呈

司法院

所附關係文件之名稱及件數

1. 台北市警察局交通大隊「舉發違反道路交通管理事件通知單」。
2. 台北市警察局「違反道路交通管理事件裁決書」。
2. 台灣台北地方法院交通事件裁定。
4. 台灣高等法院刑事裁定
5. 台灣台北地方法院交通事件裁定。
6. 台灣高等法院刑事裁定。
7. 台北市政府交通違規罰鍰收據。

中 華 民 國 八 十 四 年 五 月 三 十 一 日

聲請人：梁〇恩

附件六：

臺灣高等法院刑事裁定

八十四年度交抗字第二一號

抗告人即受處分人

梁〇恩 男 (住略)

上抗告人因違反道路交通管理處罰條例案件，不服台灣台北地方法院，中華民國八十二年十月四日八十二年度交聲字第一四三號撤銷原處分，另為裁罰裁定，受處分人提起抗告，經本院於八十三年一月四日以八十二年度交抗字第一〇九號撤銷原裁定，發回台灣台北地方法院，經該院於八十三年十二月十四日以八十三年度交聲更字第一號駁回受處分人之異議，受處分人提起抗告，本院裁定如下：

### 主 文

抗告駁回。

### 理 由

- 一、按行人在設有人行地下道穿越道路，必須經由人行地下道穿越，不得在其三〇公尺範圍內穿越道路；行人不依規定，擅自穿越車道者，處一百二十元罰鍰，或施一至二小時之道路交通安全講習，道路交通安全規則第一百三十四條第一款、道路交通管理處罰條例第七十八條第三款分別定有明文。
- 二、本件台北市政府警察局交通警察大隊以受處分人梁〇恩於民國八十二年四月十七日九時十五分左右，行經台北市中山北路、農安街口，設有人行地下道之交岔路口穿越道路時，不行走人行地下道而逕行穿越，經當時服勤之警員即台北市政府警察局交通大隊第六分隊隊員蔡國榮目睹而當場擊發台北市政府警察局北市警交(80)D 字第七九八四四號舉發違反道路管理事件通知單而舉發受處分人，受處分人逾越應到案期限，爰依上開規定，以上開大隊北市警交裁字第一一五一六七號違反道路管理事件裁決書裁決處罰銀元壹佰貳拾元。受處分人聲明異議，經原法院於八十二年十月四日以八十二年度交聲字第一四三號裁定原處分撤銷，另以受處分不在劃設之人行道通行，仍處上開罰鍰。受處分人不服提起抗告，經本院於八十三年一月四日以八十二年度交抗字第一〇九號將該裁定撤銷發回該院，該院於八十三年十二月十四日以八十三年度交聲更字第一號裁定駁回受處分人之異議，受處分人仍不服原裁定，提起抗告。
- 三、抗告意旨略以：道路交通管理處罰條例第七十八條之罰則為罰鍰及講習，為人民財產權之剝奪、人身自由之限制，二者皆為憲法

第二章所稱之人民自由權利之限制，依憲法第二十三條規定，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益所必要者，不得以法律限制之，且前開罰則之罰鍰折合新台幣三百六十元，依我國經濟水準，相當於一些人一日所得，而交通違規必須有危害結果之發生，始有加以處罰之必要，如一有違反行為，即以嚴罰，嚴屬過酷，有違憲法精神。另公共道路為大家所有，車輛、行人均可行走，非可謂凡設有天橋、地下道時即可剝奪行人使用之權利，況異議人行走之農安街，頗為狹窄，數步即可穿越，根本無走地下道必要，加之該處地下道入口小不醒眼，如不特別注意，受處分人根本不知有此地下道存在。乃因中山北路工程附帶一併挖設，如此剝奪行人行之方便及走路面權利又不合實際，而違背委任立法原則，道路交通安全規則第一百三十四條，道路交通管理處罰條例第七十八條違憲，法官有違憲審查權，且受處分人於抗告後，該法院已裁定將原處分撤銷，並未於主文上明示將本件發回原審，原審何能再將受處分人之異議駁回云云。

- 四、經查右揭違規事實，業據受處分人坦承不諱，並有前揭舉發違反道路交通管理事件通知單、上開裁決書各乙份在卷佐證。而道路交通管理處罰條例第七十八條之罰則及講習，固係對人民之自由權利予以限制，惟依中央法規標準法第二條規定：法律得定名為法、律、條例、或通則，上開法規既定名為條例，依憲法第二十三條之規定，在維持社會秩序或增進公共利益所必要情形下，限制人民自由及權利，何違憲之有？受處分人泛指違悖憲法精神及立法原則，容有誤會。又本院前揭撤銷原法院八十二年度交聲字第一四三號裁定，因該裁定撤銷後，原處分機關之處分仍屬有效，而受處分人又表不服而異議，原法院就該異議為駁回之裁定，並無違誤，受處分人以本院前所為之撤銷原裁定後，原處分即已不存在，亦有誤會。要之，本案事證明確，受處分人於設有人行地下道處，未依規定經由人行地下道穿越，而擅自穿越車道之事實，應堪認定。
- 五、原處分機關以抗告人有上開違規之事實，依道路交通管理處罰條

例第七十八條第三款，裁決處以罰鍰銀元一百二十元，並無不當，原法院裁定駁回受處分人之異議，即屬正當，本件抗告難認有理由，應予駁回。

據上論斷，應依道路交通管理處罰條例第八十九條，刑事訴訟法第四百十二條，裁定如主文。

中 華 民 國 十 四 年 五 月 二 十 三 日  
(本聲請書其餘附件略)

# 司法院釋字第四一八號解釋

中華民國 85 年 12 月 20 日

院台大二字第 25950 號

## 解 釋 文

憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至於訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。道路交通管理處罰條例第八十七條規定，受處分人因交通違規事件，不服主管機關所為之處罰，得向管轄地方法院聲明異議；不服地方法院對聲明異議所為之裁定，得為抗告，但不得再抗告。此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無牴觸。

## 解釋理由書

憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。司法救濟之方式，有不論民事、刑事或行政訴訟之裁判，均由普通法院審理；有於普通法院外，另設行政法院審理行政爭訟事件，我國即從後者。然無論採何種方式，人民於其權利因違法行政處分而遭受侵害時，得向法院請求救濟，則無不同。至立法機關將性質特殊之行政爭訟事件劃歸何種法院審理、適用何種司法程序，則屬立法者之權限，應由立法者衡酌權利之具體內涵、訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等因素，以法律妥為合理之規定。

道路交通管理處罰條例中所規定之處罰計有罰鍰、吊扣駕駛執照及汽車牌照等，均係行政機關對違反秩序行為之裁罰性行政處分。道路交通管理處罰條例第八十七條規定：「受處分人，不服第八條主管機關所為之處罰，得於接到裁決之翌日起十五日內，向管轄地方法院

聲明異議」；「法院受理前項異議，以裁定為之」；「不服第二項之裁定，得為抗告。但不得再抗告」。是受處分人因交通事件對行政機關處罰而不服者，應由普通法院之交通法庭審理，而非如一般行政爭訟事件循訴願、再訴願及行政訴訟程序，請求救濟。此係立法機關基於行政處分而受影響之權益性質、事件發生之頻率及其終局裁判之急迫性以及受理爭訟案件機關之負荷能力等因素之考量，進而兼顧案件之特性及既有訴訟制度之功能而為設計。上開法條，既給予當事人申辯及提出證據之機會，並由憲法第八十條所規定之法官斟酌事證而為公平之裁判，顯已符合正當法律程序，依本理由書首段所揭示之法律，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無抵觸。

大法官會議 主席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

協同意見書 大法官 孫森焱

所謂「正當法律程序」原則的形成可溯源於英國大憲章，然後移植於美國。美國憲法修正第五條及第十四條分別規定非經正當法定程序不得剝奪任何人之生命、自由或財產。無論何州，非經正當法定程序不得剝奪任何人之生命、自由或財產。前者適用於聯邦，後者則拘束各州。惟在美國憲法制定之後一百年間，對於「正當法律程序」原則，皆解釋為對於程序法的限制，僅自行政及司法方面保障人民之生命、自由及財產不受非法定程序之侵犯。迨十九世紀後葉始經法院之判例擴大其意義，及於實體法之範圍，對於各州及聯邦之立法機關制定之實定法，亦加以限制（註一）。惟「正當法律程序」謂何？美國憲法並無明文規定，聯邦法院之判例僅於具體案件發生時，依其情事論述之。因此學者引述「從有機會向某一政府官員私下表示不滿，到正式的審判程序」，都有可能成為符合正當法律程序的要求（註二）。關於法律程序「正當性」的判斷基準，美國聯邦法院判例發展的趨向，先由「歷史判斷」演變為「利益衡量」，使「正當程序」由

可以分辨但不能確定其定義的觀念，顯現為重視經濟上效益需求的具體原則，此種以功利主義為本位的分析方法，旋遭學者批評，指上開觀點將犧牲程序的公平與人民憲法上的權利，因而提出「人性尊嚴」理論。然則由具體原則又回歸抽象概念，是所謂「正當法律程序」無非提供法院作為判斷法律程序是否正當的指導方針而已（註三）。雖然如此，在美國，「正當法律程序」不惟適用於程序方面，並及於實體方面，且政府機關不論立法、行政及司法均受此原則之限制（註四）。

反觀我國憲法並無類似美國憲法修正第五條及第十四條之規定，所謂「正當法律程序」的憲法上規範基礎何在，為學者所探討的難題之一（註五）。實則本院釋字第三八四號解釋已就憲法第八條第一項規定所稱「依法定程序」指明即係憲法為保障人民身體之自由，特別保留實質正當之法律程序，謂：「凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」由是以觀，所謂正當法律程序，仍應適用憲法第二十三條規定衡酌之。參照廢止前之違警罰法第十八條規定主罰有拘留、罰鍰、罰役、申誡四種。本院釋字第一六六號解釋僅就其中拘留、罰役二種之處罰，認應由法院依法定程序為之，以符憲法第八條第一項之本旨；釋字第二五一號解釋則謂違警罰法第二十八條規定之處分裁決亦同。可見憲法第八條第一項規定之「處罰」係專指對於身體自由所加強制拘束之法定處罰而言。至於其他處罰則非上開憲法所保留之正當法律程序保障範圍，此觀嗣後制定公布之社會秩序維護法第四十三條第一項規定處罰鍰、申誡或宣告沒入之處分仍由警察機關為之，被處罰人不服警察機關之處分者，始得依同法第五十五條第一項規定聲明異議，終局由地方法院或其分院簡易庭裁定准駁（同法第五十七條），斯為人民訴願或訴訟權保障之問題。

按依憲法第十六條規定人民有訴願及訴訟之權。關於人民訴訟權之保障，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。釋字第一五四號解釋理由書早已說明人民之訴訟權得依憲法第二十三條規定，以法律限制之。因此，立法機關得衡酌訴訟案件之性質，制

定法律，為合理之規定，提供人民保障權利之訴訟制度。此項見解迭經本院釋字第一八七、二一一、二二〇及二七三號解釋援用。釋字第三九六號解釋雖謂：「懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障」，惟前此，釋字第三九五號解釋，就公務員懲戒委員會編輯之案例，認為對駁回再審議之議決，不得更行再審議之見解，指為有違憲法第二十三條法律保留原則之規定而應不再援用。非謂：正當法律程序為憲法直接所保留之原則，以故，上開案例之見解與之牴觸而無效。因此解釋我國憲法，所謂「正當法律程序」除第八條別有規定外，應係第二十三條規範之事項，為人民行使訴訟權所制定之訴訟程序，是否合理而公平，應依第二十三條規定之要件論斷，要難謂於憲法第二十三條之外，另有普遍性抽象意義之正當法律程序，為憲法所保障。本件解釋文謂：「此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無牴觸」，對於「正當法律程序」之規範基礎，恐有直接引用美國憲法關此原則之疑慮，爰提出協同意見書如上。

（註一）劉慶瑞著：比較憲法五七頁起。

（註二）引自葉俊榮著：環境行政的正當法律程序八十頁。

（註三）葉俊榮著前揭書七四頁起。

（註四）葉俊榮著前揭書五三頁。林國漳著：淺釋行政法學上之「正當法律程序」原則。收於城仲模主編：行政法之一般法律原則六五頁。

（註五）葉俊榮著前揭書五四頁起。又林子儀於民國八十四年九月二十三日在國立臺灣大學法學院會議廳舉行之「人身自由與強制處分權之探討」研討會發表「人身自由與檢察官之羈押權」一文（刊登於「憲政時代」二一卷二期一七頁起）亦述及：「當我們了解到正當之法律程序對基本人權保障的重要性時，我們卻苦於如何在我國現行憲法中找到建立正當之法律程序的基礎。」（上開「憲政時代」二三頁）。

## 抄孫 O 煌聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第一項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如左。

### 一、聲解釋憲法之目的。

請解釋「道路交通管理處罰條例」第八十七條及內政部警政署公路警察局舉發違反道路交通管理事件通知單公警局字第 0 七三二三九五號，臺灣省政府交通處公路局南投監理站違反道路交通管理事件裁決書投監稽違駕字第八三 0 七 0 六 - 七三二三九五號、臺灣臺中地方法院交通事件裁定八十三年度交聲字第五七號、臺灣高等法院臺中分院刑事裁定民國八十三年度交抗字第一三五號均與憲法第十五條「人民之財產權應予保障」、第十六條「人民有訴願、訴訟之權」有違。俾請求原處分機關重為適法處分。

### 二、疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文。

#### (一)事實：

本人於民國八十三年四月十七日六時二十八分，駕駛 RF - 0 四 0 六號自用小客車行經國道北向一六六公里處，當時因係假日，車道車流量增加，本人駕駛車速均在時速一百公里以下，突遭國道公路警察局第三隊警員根 0 傳不法舉發本人車速高達時速一百一十八公里，本人對於舉發之事實不予承認因而未於該舉發單簽名。嗣後南投監理站即以該不法舉發通知單（內政部警政署公路警察局舉發違反道路交通管理事件通知單公警局字(83)第 0 七三二三九五號，詳証一）裁決本人違反「道路交通管理處罰條例」第三十三條，處罰本人罰鍰二、0 0 0 銀元。（臺灣省政府交通處公路局南投監理站違反道路交通管理事件裁決書投監稽違駕字第八三 0 七 0 六 - 七三二三九五號，詳証二）致使本人之財產權受到侵害。

#### (二)所經過之訴訟程序。

按該舉發單及裁決書所認定之事實均與實際事實不符，而舉發單位並無確實證據即濫行舉發，而裁決單位亦不依證據而

予裁決，均與憲法第十五條保障人民財產權之意旨不符，本人爰依當時道路交通管理處罰條例第八十七條規定向台中地方法院聲明異議，惟該院雖開庭審理，但僅採舉發人根 0 傳之供述，對於本人或物證均未予調查即裁定駁回本人之異議。（見台灣台中地方法院交通事件裁定八十三年度交聲字第五七號，詳証三），本人不服再提起抗告，惟台灣高等法院台中分院未進一步調查即據為駁回本人之抗告（見台灣高等法院台中分院刑事裁定八十三年度交抗字第一三五號，詳証四）並為不得再抗告，致本人無從依法再予救濟。

### 三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

#### (一) 道路交通管理處罰條例」第八十七條違憲。

按人民有訴願、訴訟之權，憲法第十六條有明文。而道路交通管理處罰條例第八十七條卻對於不服主管機關所為之處罰應向管轄地方法院聲明異議。致使本人無從對於非法之裁決書依訴願程序請求訴願、再訴願及提起行政訴訟，顯與憲法第十六條之規定不符。而向法院聲明異議亦造成法院審理本人之一造，亦與審判程序兩造平等主義及不告不理原則有違。

#### (二) 內政部警政署公路警察局舉發違反道路管理事件通知單公警局字 83 第 0 七三二三九五號，違憲。

按民主法治國家必須講求證據。而該舉發單並無取得相關證據（目前均採照相為證），警員即憑己意而濫予舉發，即與證據法則有違。

#### (三) 台灣省政府交通處公路局南投監理站違反道路管理事件裁決書投監稽違駕字第八三 0 七 0 六 - 七三二三九五號，違憲。

按行政罰之處罰須以行為所造成之危害為裁量之基礎。而本件處罰之標準係以是否於應到案時間到案做為處罰之裁量基礎（見証一右上方所載），顯與比例原則不符。且處分機關並未再通知本人到案，即逕依舉發之事實處罰，而未就證據調查有無證據佐證，亦違反證據法則。

#### (四) 台灣台中地方法院交通事件裁定八十三年度交聲字第五七號，及台灣高等法院台中分院刑事裁定八十三年度交抗字第一三五

號均違憲。

按對於不法之行政處分應以訴願、再訴願為之，並得為行政訴訟，而上該裁定係依據道路交通管理處罰條例第八十七條為之，故亦有違憲之處。況且該等法院僅審理本人，有失兩造平等主義之精神，並以舉發人為証人，使本人處於不利之地位，且何以僅採舉發人之証言，不採本人之陳述，顯有偏頗。況且舉發人之舉發單本係舉發人所製造，而法院卻分別採為物證及人證，顯亦失當，而縱觀全案亦僅有舉發人根 0 傳之舉發之供述，何以能證明本人確有違法之情事，況且依刑事訴訟法被告之自白不得做為有罪判決之唯一證據，同理何以僅依舉發人之陳述即做為不利本人之唯一證據。

為此謹請

鈞院鑒核，以保障人民憲法上應有之權利，無任感禱

謹 狀

此 致

司法院

所附關係文件之名稱及件數

- 一、內政部警政署公路警察局舉發違反道路管理事件通知單影本
- 二、臺灣省政府交通處公路局南投監理站違反道路管理事件裁決書影本
- 三、臺灣台中地方法院交通事件裁定
- 四、臺灣高等法院台中分院刑事裁定影本

中 華 民 國 八 十 四 年 一 月 五 日

聲請人：孫 0 煌

附件四：

臺灣高等法院臺中分院刑事裁定 民國八十三年度交抗字第一三五號

抗告人即受處分人

孫 0 煌 男 （住略）

上抗告人因違反道路交通管理處罰條例案件，不服台灣台中地方法院

中華民國八十三年十月二十九日裁定（民國八十三年度交聲字第五七號），提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

理 由

- 一、按汽車行駛高速公路應依速限標誌指示，若不遵管制之規定者，處汽車駕駛人一千元以上二千元以下罰鍰並記違規點數一點。高速公路交通管制規則第五條第一項、道路交通管理處罰條例第三十三條、第六十三條第一項第一款分別定有明文。
- 二、本件抗告人即受處分人於民國八十三年四月十七日六時二十八分，駕駛RF - 0 四 0 六號自小客車行經國道北向一六六公里處，以超過該處行車速率（一百公里）之一百一十八公里高速行駛，經警員以雷達偵測舉發，受處分人未於應到案日期到案裁決，因而經原處分機關依上開條文裁處罰鍰二千元，並記違規點數一點在案。抗告人向原審法院聲明異議，經原審駁回後提起抗告。
- 三、經查，異議人有超速違規行駛之行為，業有內政部警政署公路警察局舉發違反道路管理事件通知單一份在卷可稽，而證人即國道公路警察局第三隊警員根 0 傳於原審中具結證稱：該處路段行車速限係一百公里，一般均放寬至一百一十公里，當時雷達檢測超速又調高至一百一十四公里以上，雷達才有反應。而雷達一般在三百公尺距離，可測得超速，此處路段略為下坡，可遠至六、七百公尺之前，即可測得違規超速車輛。該日為星期日，正逢早上，車流量較少，一般星期日均在中午十二點以後，車道車流量才會逐漸增加等語。查八十三年四月十七日確為星期日，而照目前臺灣高速公路流量而言，一般週日早上六時許往北方向之交通流量應不致過大，堪予認定，而該警員與異議人復素不相識，倘非異議人有違規超速情形，當無設詞誣陷、濫予舉發之理，是原處分機關就異議人之違規情形，裁處罰鍰二千元，折合新臺幣六千元，並記違規點數一點，於法並無不合，原審因而駁回抗告人之異議，並無違誤，受處分人抗告意旨仍以當時並未超速，係警員誤認所致，抗告人乃拒絕在舉發單簽名，並無確切

證據證明抗告人違規云云，而指摘原裁定不當，顯係諉卸之詞，不足採信，其抗告難認為有理由，應予駁回。

四、據上論斷，應依道路交通案件處理辦法第二十六條、刑事訴訟法第四百十二條，裁定如主文。

中 華 民 國 八 十 三 年 十 二 月 八 日  
(本聲請書其餘附件略)

## 司法院釋字第四一九號解釋

中華民國 85 年 12 月 31 日

院台大二字第 26674 號

### 解 釋 文

- 一、副總統得否兼任行政院院長憲法並無明文規定，副總統與行政院院長二者職務性質亦非顯不相容，惟此項兼任如遇總統缺位或不能視事時，將影響憲法所規定繼任或代行職權之設計，與憲法設置副總統及行政院院長職位分由不同之人擔任之本旨未盡相符。引發本件解釋之事實，應依上開解釋意旨為適當之處理。
- 二、行政院院長於新任總統就職時提出總辭，係基於尊重國家元首所為之禮貌性辭職，並非其憲法上之義務。對於行政院院長非憲法上義務之辭職應如何處理，乃總統之裁量權限，為學理上所稱統治行為之一種，非本院應作合憲性審查之事項。
- 三、依憲法之規定，向立法院負責者為行政院，立法院除憲法所規定之事項外，並無決議要求總統為一定行為或不為一定行為之權限。故立法院於中華民國八十五年六月十一日所為「咨請總統儘速重新提名行政院院長，並咨請立法院同意」之決議，逾越憲法所定立法院之職權，僅屬建議性質，對總統並無憲法上之拘束力。

### 解釋理由書

本件係因：一、立法委員郝龍斌等八十二人為副總統得否兼任行政院院長，適用憲法時產生疑義，聲請解釋。二、立法委員張俊雄等五十七人為連戰副總統兼任行政院院長，有牴觸憲法第四十九條等條文之疑義，聲請解釋。三、立法委員馮定國等六十二人為新任總統可否就行政院院長率內閣總辭時，對行政院院長批示慰留或退回，而無須再提名並咨請立法院同意，又副總統得否兼任行政院院長，於適用憲法時均產生疑義，聲請解釋。四、立法委員饒穎奇等八十人為總統改選，行政院院長須否辭職並由總統重新提名行政院院長咨請立法院同意，副總統得否兼任行政院院長，及立法院八十五年六月十一日審

查通過「咨請總統儘速重新提名行政院院長，並咨請立法院同意」決議案，是否逾越憲法賦與立法院之職權，以及對總統有無拘束力等，產生疑義，聲請解釋。以上四案經大法官議決應予受理及將上開各案合併審理，並依司法院大法官審理案件法第十三條第一項規定通知聲請人代表及訴訟代理人暨關係機關行政院指派代表及訴訟代理人等，於八十五年十月十六日及十一月一日到場，在憲法法庭行言詞辯論，合先說明。又言詞辯論終結後，聲請人立法委員饒穎奇於十一月二十六日具狀聲請再開言詞辯論，經大法官審酌審理過程所得資料，已足供判斷，認無再開言詞辯論之必要，併此指明。

本件前述第一案至第三案聲請人之主張略稱：一、副總統可否兼任行政院院長非屬政治問題：蓋所有憲法上之爭議，多具政治性，若因此而視之為政治問題不予解釋，則憲法上爭議將難於經由司法解決，以往大法官對政治性問題已作成多則解釋（如釋字第二六一號、第三八七號等）。尤其司法院歷年以來就兼職案件所著解釋多達十餘號，若將副總統兼任行政院院長認作政治問題，豈非自相矛盾？況政治問題乃美國法院經個案逐漸發展而成之理論，其內涵既不明確，又受學者質疑，實不宜遽予引用。又我國係採憲法疑義解釋制度，只要合於聲請法定要件，大法官即有解釋義務。二、副總統與行政院院長之職務不相容，不能兼任：衡諸憲政理論，總統代表國家，統而不治，行政院院長領導政府，治而不統，我國憲法即依此項理論設計，並屬於內閣制之一種，依憲法第三十七條、第五十七條、增修條文第二條第四項等相關規定，總統與行政院院長間有制衡關係，故總統絕不能兼任行政院院長。副總統依增修條文第二條第一項之規定，競選時與總統候選人聯名登記，在選票上同列一組圈選；副總統出缺時，依同條第七項亦由總統提名並召集國民大會補選，故副總統與總統理念相同，關係密切並具有一體性，總統既不能兼任行政院院長，副總統自亦不能為之。依憲法第五十三條行政院為國家最高行政機關，行政院院長及其領導之內閣須對立法院負責，副總統固屬備位性質，憲法上亦無明定之職權，但副總統有輔弼總統之責，乃總統之僚屬或副手，平日承總統之命行事，副總統實具有潛在之職權，一旦由副總統兼任行政院院長，則閣揆變成總統之幕僚長，而行政權盡入總統囊

中，憲法設計之制衡機制破壞殆盡，覆議核可權及副署制度均失其意義，且事實上，兼任損及公益並有害於人民之信賴，時間之分配亦不容一人兼任兩項繁重職務。另由行政法學之觀點，縱認副總統非總統之部屬，但基於憲法機關功能維護之理論，副總統既有襄助總統之職責，仍不應兼任院長職務。又憲法機關以不能互相兼任為原則，若有兼任情事，必憲法有明文可據（如美國副總統之兼任參議院議長）。我國憲法第四十九條及增修條文第二條第八項分別規定：總統缺位時，由副總統繼任，至總統任期屆滿為止，總統、副總統均缺位時，由行政院院長代行其職權；總統因故不能視事時，由副總統代行其職權，總統、副總統均不能視事時，由行政院院長代行其職權。副總統與行政院院長分別設置，乃憲法保障總統職位之繼任，所作雙重保險機制，由副總統兼任行政院院長，不僅使候補人數減少，且一旦總統缺位，勢將出現一人同時擔任三項職務之「三位一體」局面，自與憲法本旨相違。若非總統缺位，而係不能視事，則「三位一體」固依舊不能避免，並且產生究竟以副總統抑行政院院長身分代行，以及有無憲法第五十一條三個月期限適用之難題，而無從解決。復依照憲法增修條文，副總統之彈劾適用第六條第五項之規定，行政院院長則與一般公務人員之彈劾相同，依同條第三項處理，二者程序及效果完全不同，副總統兼任行政院院長而有違法失職情事時，監察院如何彈劾將無所適從。設若行政院院長總揆庶政，或因施政疏失而遭監察院糾彈，甚至去職，則是否仍適合擔任副總統，亦生質疑。又副總統須對國民大會負責，一旦兼任須向立法院負責之行政院院長，倘立法院與國民大會意見不同時，易形成衝突局面。再者，在三權分立或五權分立之外，尚有元首權，係立於行政、立法及司法權等之上，以超然中立之態度，由總統、副總統協調於五院之間，憲法第四十四條之規定即寓有此一意旨，副總統兼任行政院院長，則本身既為爭執之一造，自無從作超然中立之協調。最後，依司法院歷來解釋，關於兼職之禁止與否，皆視職務性質是否相容或有無利益衝突為斷，由以上所述足認副總統兼任行政院院長皆與容許兼職原則有違，乃憲法所不許。

三、副總統兼任行政院院長不構成憲政慣例：按憲法慣例或憲政上之習慣法，其成立應有反覆發生之先例，並對一般人產生法之確信，始

足當之。副總統兼任行政院院長以往雖有兩例，但均發生於動員戡亂及戒嚴時期，並非常態，且有違憲之疑義，自不能視為憲政慣例或習慣法。四、新任總統對行政院院長率閣員總辭時，不應批示慰留或退回，必須重新提名咨請立法院同意：在五權憲法架構下，總統與行政院院長間並無從屬關係，故行政院院長之辭職並無長官可以批示。總統對行政院院長之免職令僅形式上而非實質上權力，行政院院長於新總統選出後辭職，總統即應提名新院長人選咨請立法院同意。原立法院同意之院長，已具副總統身分，客體不同，不能以已經立法院同意而延續任職至新總統就任後。綜上所述，副總統兼任行政院院長係屬違憲行為，應由司法院解釋為不得兼任，其已兼任者，應自司法院解釋公布之次日起，於本職與兼職中擇一辭職，未選擇者，視為辭卸本職等語。

前述第四案聲請人及關係機關行政院主張略稱：一、立法院於八十五年六月十一日通過咨請總統儘速重新提名行政院院長，並咨請立法院同意決議案，逾越權限對總統不具拘束力：憲法對行政院院長並無任期之設，只規定由總統提名，立法院同意任命，依司法院釋字第三八七號解釋，立法委員任期屆滿改選後第一次集會前，行政院院長應行辭職，現任行政院連院長已於八十五年一月二十五日提出總辭，並經總統提名，獲立法院同意，重新出任行政院院長，符合憲政體制。在立法院未改選前，總統自無再提名之義務，更不生又咨請同意之問題。況依憲法第五十七條之規定，對立法院負責者為行政院而非總統，立法院不能越權監督總統。又依憲法相關規定，立法院尚無以決議方式，要求總統為一定行為之權限。憲法第六十三條雖規定立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權，惟立法院前述決議既非此所謂國家重要事項，又非以三讀程序通過之法律案，不具拘束力，應無疑義。二、副總統兼任行政院院長乃高度政治性之問題：政治問題或統治行為應由憲法所設計之政治部門即政府與國會自行解決，司法機關不宜介入，乃各國之通例，司法院釋字第三二八號解釋亦將政治問題排除於司法審查之外。惟司法院大法官之解釋具有定分止爭之功能，無論作成解釋或認為屬於政治問題不加解釋，仍屬司法裁量事項，本件關係

機關皆予以尊重。三、副總統兼任行政院院長現行憲法並未禁止，二者職務並具有相容性：自民國二十五年國民政府公布之「五五憲草」，經政治協商會議以迄制憲國民大會，所討論者為總統與行政院院長兩職位之互動，均未涉及副總統，蓋副總統僅係備位性質，兼任行政院院長，從制憲過程而言，並無禁止之意。查大法官歷來對憲法或法律上職務得否兼任之解釋，主要基於職務性質及功能是否相容或有無利益衝突，就此項標準而言，副總統純係備位，平日並無具體之法定職權，故不發生與行政院院長職務性質功能不相容或利益衝突之情形。按我國憲政體制非純粹內閣制，行政院院長之副署權與內閣制國家閣揆副署虛位元首公布法令者不同，我國憲法上真正之制衡機制，乃在於行政院對立法院之關係，而由副總統兼任行政院院長亦不致破壞憲法制衡機制之設計。又依憲法增修條文第二條第一項及總統副總統選舉罷免法之規定，總統副總統同為人民選舉產生，既非由總統任命，亦不得由總統免職。總統與副總統之一體性僅係競選夥伴之「一體性」，並無職權分享之「一體性」，總統與副總統兩者之間並不具有上命下從或指揮監督之長官與部屬關係，憲法有關總統刑事豁免權之規定於副總統並不適用；憲法及法律（中華民國總統府組織法）均未提及副總統行使職權之事項，亦無如一般行政機關副首長輔助首長處理事務之規定，是以副總統兼任行政院院長即非兼具「聽命者」與「制衡者」之角色，故不可能造成憲政上角色衝突問題。至反對兼任者所持兼任在總統缺位或不能視事時，將造成職位重疊問題，已有解決方法，因為副總統兼任行政院院長如遇總統缺位時，依憲法第四十九條規定由副總統繼任總統，所兼任之行政院院長，則可由其以總統身分向立法院提名新院長人選，副總統則依增修條文第二條第七項辦理補選。在未提名或補選之前，固有可能出現所謂「三位一體」之現象，惟此一情形與總統副總統均缺位時，由行政院院長代行其職務三個月，並無二致，後者既為憲法所許，則依同一法理，前者亦應無不許之理。而關於總統不能視事時之代行職務，根據上述處理程序亦非不能解決。又主張副總統不得兼任行政院院長者，認為兼任一旦有違法失職情形，造成監察院行使彈劾權之窒礙，或者出現院與院間爭執須引用憲法第四十四條由總統協調處理時，將引起角色混

淆。實則若行政院院長由副總統兼任，遇有彈劾案發生，如係對職務行為違法失職之彈劾，自可視案件性質究與行政院院長或副總統有關，而決定應採何一程序，如係對非職務行為（如私德不檢）之彈劾，則可由監察院決定採何種程序，在運作上不致有窒礙之處。關於憲法第四十四條協調權之規定，依憲法規定意旨係由總統居於超然地位行使，在總統未缺位時，副總統並無憲法上之職權主動介入協調院際紛爭，不致產生「協調者」與「被協調者」之矛盾。總統對有關行政院與其他院之紛爭，本可自行處理，亦可授權副總統或其他適當人員為之，在副總統兼任行政院院長之情形，總統自不宜授權副總統為之，亦可避免角色衝突。

四、副總統兼任行政院院長我國已有先例存在，衡諸外國立法例此項兼任亦不違反相容性：行憲以來，迄今有兩位副總統兼任行政院院長，即陳誠自四十七年七月至五十二年十二月；嚴家淦自五十五年五月至六十一年五月，前後達十一年，並無窒礙難行之處，此二先例雖在動員戡亂時期，但當時憲法與目前憲法有關總統與副總統之關係及副總統備位性質之規定，並無變更，自可作為先例而援引。再者，我國憲法既非純內閣制亦非純總統制，在比較憲法中可資援用之例尚不多見，唯一可供參考者，即美國副總統之兼任參議院議長，蓋美國憲法嚴格區分行政權與立法權，仍容許跨行政部門兼任立法部門之職位，可見備位性質之副總統兼任其他有實權職務，仍具相當彈性。

五、新任總統就職時，行政院院長提出總辭，總統自得予以慰留：自司法院釋字第三八七號解釋作成後，行政院院長應於立法委員任期屆滿改選後第一次集會前提出總辭，乃新的憲政制度，連院長八十五年一月二十五日即係基於憲法義務之辭職。而目前憲法規定，總統任期與立法委員互有參差，李總統當選就任後，連院長所提出辭職，則屬基於政治倫理所為之禮貌性辭職，接受與否、「重提原任」或「另提新人」乃總統依其職權而為之政治權衡。至於所謂立法院八十五年二月時所同意者為「未兼任副總統的行政院院長」，或「總統宣稱不續任的過渡行政院院長」，如今立法院所同意之對象已有不同，應依憲法規定重新行使同意權一節，惟查立法院對總統所提行政院院長人選行使同意權，即係針對人選之適任性作出決定，當然並未附任何條件限制，故無所謂對象或內涵改變問題，行使

同意權之立法委員仍屬同屆，其席次結構未變，行使同意權之對象又為同一，即無重複行使之必要等語。

本件斟酌全辯論意旨，作成本解釋，其理由如左：

—

副總統得否兼任行政院院長之疑義是否屬於政治問題，乃本件解釋關於兼職合憲性之先決事項。按政治問題或類似之概念（如統治行為或政府行為）所指涉之問題，應由憲法上之政治部門（包括行政及立法部門）作政治之判斷，而非屬可供司法裁決之事項，此在立憲民主國家之憲政實踐中，所累積發展而成之理論，不乏可供參考者，本院釋字第三二八號解釋亦有關於憲法第四條所稱固有疆域範圍之界定，係屬重大政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋之案例。惟就副總統兼任行政院院長之違憲疑義而言，係屬二項憲法職位互相兼任時，是否牴觸憲法之法律問題，並非涉及政治上之人事安排，揆諸本院歷來對憲法上職位兼任所作之諸多解釋（例如釋字第一號、第十五號、第十七號、第二十號、第三十號、第七十四號、第七十五號及第二〇七號等），本件關於副總統兼任行政院院長之憲法疑義部分，尚不能以政治問題或類似概念為由，不為實體之解釋。聲請意旨主張前述兼職非屬政治問題，自屬可採。

憲政慣例在不成文憲法國家，恆居重要地位，其規範效力亦不容置疑。至於在成文憲法之下，雖亦有憲政慣例之概念，但僅具補充成文憲法之作用，尚不能與前者相提並論。所謂慣例係指反覆發生之慣行，其經歷長久時間仍受遵循，而被確信具有拘束行為之效力時，始屬不成文規範之一種。若雖有行為之先例，但因亦曾出現相反之先例或因有牴觸成文規範之嫌，拘束力備受質疑者，即不能認其為具備規範效力之慣例。本件副總統兼任行政院院長，以往雖有二例，然亦有因當選副總統而立即辭卸行政院院長之一例，況此種兼任是否牴觸憲法，既有爭論，依上開說明，自不能認已成為我國之憲政慣例而發生規範效力。

關於憲法上職位兼任是否容許，憲法有明文禁止兼任者當然應予遵守，如憲法第七十五條及第一百零三條之立法委員及監察委員兼職限制之情形是；此外，若兩種職務確屬不相容者亦不得兼任，迭經本

院前引釋字第二十號、第三十號、第二〇七號等著有解釋。副總統得否兼任行政院院長憲法未作任何規定，自無明文禁止可言，故本件所涉者要在兩種職務兼任之相容性問題。按所謂不具相容性，係指憲法上職位兼任違反憲政之基本原理或兼任有形成利益衝突之虞而言。自從一七八七年美國聯邦憲法採嚴格之三權分立為其制憲之基本原則，以及法國一七八九年人權宣言第十六條揭櫫：「任何社會中，未貫徹權利保障，亦無明確之權力分立者，即無憲法。」以還，立憲民主國家，莫不奉權力分立為圭臬，故就憲法上職位之兼任是否相容，首應以有無違反權力分立之原則為斷。一旦違反權力分立原則，除非憲法設有例外之規定（例如美國副總統之兼為參議院議長、內閣制國家之議員得兼任閣員），否則即屬違憲行為。依權力分立原則所區分之各個權力範圍（如立法部門、行政部門及司法部門），若因部門內之權限，依憲法之設計，必須由兩個機關不同之構成員分別行使者，亦在不得兼任之列，例如採兩院制之國會，其法案通過須分別經兩院議決，如由一人同時擔任兩院之議員，則與憲法將立法權分由兩院行使之本旨不符，其兼任自亦非憲法之所許，本院釋字第三十號解釋以「若立法委員得兼國民大會代表，是以一人而兼具提案與複決兩種性質不相容之職務」為由，認立法委員不得兼任國民大會代表，即係本於同一意旨。又如在行政權範疇之內，國家元首與閣揆或閣員間職務相容性問題，則端視各國政制而定：在採內閣制之國家或雙首長制之國家，基於元首與閣揆間制衡之機制，一人當然不得同時兼任；在總統制國家（如美國及中南美諸國），通常國家元首即為最高行政首長，並無閣揆之設置，總統兼閣員（部長）固鮮有其例，但副總統則常兼任部長（如哥斯大黎加、巴拿馬等）；再如一般稱為委員制之瑞士，其行政部門聯邦委員會（Conseil Federal, Bundesrat），有部長七名，總統及副總統均由部長輪替兼任，蓋均祇涉及行政權之內部分工，而於權力分立之基本原則無違，自亦不生牴觸憲法問題。若就中央與地方之分權而論，更非所謂一遇職位互兼即為法所不許，以法國為例，內閣總理或部長兼任市長或其他地方民選職位，亦非罕見。我國中央政制與前述各種制度均不盡相同，但於權力分立原則之堅持則不遜於其他各國，司法、考試及監察三權各自獨立行使職權，固無疑

義。行政權與立法權亦截然劃分，並使其成員不得互兼，此為憲法第七十五條立法委員不得兼任官吏之所由設。而憲法對總統及副總統均缺位，或任期屆滿尚未選出，或選出後總統、副總統均未就職之情形，明定由行政院院長代行總統職權，其期限為三個月（憲法增修條文第二條第八項、憲法第五十條、第五十一條），未如其他國家之憲法對總統或副總統均缺位時由國會議長繼任（如美國、法國第五共和及義大利等），或甚至規定最高司法機關首長亦得代理總統（如一九八八年十月五日之巴西憲法），蓋嚴守權力分立原則，屬於行政權體系內之權限行使，應由行政體系內輪替，不採制憲過程中由五院院長依次代理總統之建議。我國憲法規定行政院院長由總統提名經立法院同意任命之（第五十五條第一項），行政院對立法院決議之事項移請覆議時，須經總統之核可（第五十七條第二款及第三款），總統公布法律、發布命令須經行政院院長之副署，其屬緊急命令者尚須經行政院會議之通過（憲法第三十七條、增修條文第二條第四項），而行政院無論學理上及實際上皆係由院長主導之獨任制官署，論者以總統與行政院院長兩種職位互有制衡之作用，非無理由。是總統與行政院院長不得由一人兼任，其理甚明。副總統為總統之備位，若由副總統兼任司法、考試或監察三院之院長，其違反五權分立原則而為憲法所不許，實毋庸辭費。至於副總統兼任行政院院長則既不生顯然牴觸權力分立原則之問題，自難從權力分立之觀點遽認其為違憲。

其次應審究者，乃副總統與行政院院長有無職權分工，二者之間是否亦存在制衡作用或利益衝突之情事。查自民國二十五年五月五日公布之中華民國憲法草案（俗稱五五憲草）之起草者，以迄制定現行憲法之國民大會，其設置副總統之目的及功能，皆係本於總統缺位時繼任總統，或總統因故不能視事時代行總統職權而已。除此之外，平時別無其他職權，經過情形不僅有相關制憲資料可供參證，亦為聲請人立法委員張俊雄等於八十五年六月十五日提出之釋憲理由書所是認。制憲者之原意乃表現為憲法第四十九條之規定：總統缺位時，由副總統繼任至總統任期屆滿為止；總統因故不能視事時，由副總統代行其職權。除本條之外，未見關於副總統職掌及地位之規定，現行法律除國家安全會議組織法第三條及第四條規定副總統與五院院長等同

為國家安全會議之組成人員，以及總統不能出席時由副總統代理外，亦未賦予副總統任何權限。故在法定職權上，副總統與行政院院長並無分工之關係，亦無任何制衡作用或利益衝突之可言，與前述國民大會代表與立法委員、總統與行政院院長法定職權即已存有不能相容或角色混淆之情形，其間尚有其差異。副總統既為備位而設，於上開繼位或代行外，未有具體職權，則所謂兼任行政院院長將發生處理公務時間分配問題或有損公益及人民信賴，尚非確論。

副總統地位崇隆，在政治上自有其影響力，但憲法上並無具體職權，已如前述。在未依憲法繼任總統或代行總統職權時，若行使任何屬於總統之憲法上權力，即屬於法無據。與一般行政機關之副首長依成文或不成文規範，當然有輔助該機關首長處理事務者不能同日而語。實際上，我國亦從無副總統在總統未缺位或不能視事時，經授權行使憲法第三十五條至第四十四條或其他憲法上明定屬於總統之權限。副總統在備位之餘雖不免基於總統之信任關係，擔任若干臨時性或禮儀性之任務，但皆非可視為副總統有襄助總統之法定職權，與一般機關首長與副首長在行政組織上之法律關係，尚不能等同視之。職是之故，平時總統在位亦無不能視事之情形時，由副總統兼任行政院院長並不發生二者職務上之利益衝突。又副總統容有輔弼總統之事實，亦未如聲請意旨所稱副總統為總統之僚屬或副手，平日承總統之命行事，一旦兼任則有角色衝突之情事。至所謂兼任有礙憲法機關功能維護一節，實則副總統之備位即屬此一職位維繫國家元首不能一日或缺之憲法功能所在，副總統亦未因兼任行政院院長而喪失其備位作用。

依憲法增修條文第二條第一項規定：「總統、副總統候選人應聯名登記，在選票上同列一組圈選」，故當選總統、副總統者，屬於同一政黨或同一政治派系，其政治理念共通，當為常態。但為爭取選舉勝利，難保不發生政黨合縱連橫之事而將理念不同之人選，同列一組圈選；尤其遇有副總統出缺，依增修條文同條第七項規定，由總統提名候選人，召集國民大會補選，則總統勢須以國民大會中多數黨黨團所能接受之人選為提名對象，而非以理念為優先之考慮，其情形與總統提名行政院院長人選咨請立法院同意，並無不同。是以總統與副總

統非必然理念相同，關係密切。縱使二人理念一致，關係匪淺，惟副總統既不能與總統共同行使元首之職權，又不能分享憲法上元首之特權，更無日常互為代理之可言，豈可視二人在法律上為一體？關係機關辯論意旨主張：所謂一體者，除競選時共為夥伴外，別無其他意義，尚非無見。此一情形，亦可用於說明總統與行政院院長之關係，若總統不能影響立法院多數黨黨團之投票，其提名行政院院長固然以多數黨黨團之意見為依歸；反之，總統若為立法院多數黨之黨魁或能影響過半數委員之投票取向時，總統必然提名政見與之一致且為其本身屬意之人選，日後施政行政院院長果追隨總統亦步亦趨，也不生違憲問題，復不能因此而謂總統與行政院院長已具有一體性。聲請意旨中，有從一體性論點而導出「總統不能為者，副總統亦不能為」之結論，自不足採。副總統與總統之關係既如上述，則由副總統兼任行政院院長，憲法第三十七條之副署、第五十七條第二款、第三款之覆議核可及增修條文第二條第四項發布緊急命令之程序等相關規定所涉及之機制，尚難認為即受影響。蓋總統與行政院院長職務之制衡，在於制度上由不同之人分別擔任，而非以任職者之黨派關係或政治主張為斷。尤其不能謂擔任總統與行政院院長者，必須政治主張相反或施政方針對立，始符制衡設計而合憲。又副總統之罷免及補選雖涉及國民大會之職權，然依憲法增修條文副總統並無向國民大會報告國情或聽取建言之職責，自不生聲請意旨所稱兼任行政院院長應分別向國民大會及立法院負責，易造成二民意代表機關衝突之問題。

憲法第四十九條規定：總統缺位時，由副總統繼任至總統任期屆滿為止。總統因故不能視事時，由副總統代行其職權。總統、副總統均不能視事時，由行政院院長代行其職權。總統、副總統均缺位時，依憲法增修條文第二條第八項規定，由行政院院長代行其職權，並依同條第一項規定補選總統、副總統，繼任至原任期屆滿為止。副總統兼任行政院院長一旦發生上述總統缺位或因故不能視事之情形，確將出現總統、副總統及行政院院長三個職位皆集於原本為副總統者一身，依前開說明顯非正常情況下憲法之所許。惟此種所謂「三位一體」之現象，並非僅於副總統兼任行政院院長時，始有發生之可能，憲法第四十九條、增修條文第二條第八項及憲法第五十條均係為三個

職位集中於一人之機率而設。憲法第五十一條對行政院院長代行總統職權時，並明定其期限不得逾三個月。副總統兼任行政院院長一旦出現總統缺位之情形，以副總統身分繼任總統後應立即提名新院長人選，咨請立法院同意；其在立法院休會期間者，則適用憲法第五十五條第二項由副院長代理其職務，並於四十日內咨請立法院召集會議，行使同意權。若所發生者非總統缺位而係因故不能視事，不能視事之事故如超過三個月，兼行政院院長之副總統或可類推亦受憲法第五十一條所定期間之限制，並有憲法第五十五條第二項之適用。由上所述，因副總統兼任行政院院長雖有發生繼任總統或代行職權之疑義問題，然非全無解決途徑，則聲請意旨主張兼任所造成之窒礙情形已達明顯違憲程度云云，尚有商榷之餘地。至憲法增修條文對一般公務人員及總統副總統之彈劾，設有不同程序，分別規定於第六條第三項及第五項。如副總統兼任行政院院長因失職行為而受監察院彈劾時，其適用之程序，本得以其失職行為係緣於副總統抑或行政院院長身分而發生為判斷標準，其後續之懲戒或罷免程序亦同。若與職務行為無關，則可由監察院決定採何種程序提案彈劾，雖不能謂完全不發生適用法律之疑義，然尚難以此遽認副總統兼任行政院院長已達顯不相容之情事。至聲請意旨有謂行政院院長或因施政疏失而遭監察院糾彈甚至去職，則其繼續擔任副總統之適當性將受質疑等語，乃係政治上之疑慮，非關法律問題。

查憲法第四十四條稱：「總統對於院與院間之爭執，除本憲法有規定者外，得召集有關各院院長會商解決之。」此一規定論者有將之比擬為元首之中立權者，本件聲請意旨亦主張總統所行使者為元首權，應超然於五權之上，由副總統兼任行政院院長即形成「協調者」與「被協調者」之矛盾，喪失元首權超然中立之作用等語。惟不論憲法本條之規定是否等同於元首權或中立權，學理上尚無定論，且所謂元首權（*pouvoir royal*）又稱中立權或調和權（*pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur*），乃十九世紀初年一、二法國學者（Clermont-Tonnerre, B. Constant）為維持在君主立憲體制之下，君主作為國家元首所保留之少許權力所提倡之學說（參看 Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 3. Aufl., 1985, S.133ff.），此種意義之中立權或調和權與日

後代議民主政治發展之實情不符，而受批評為人為設想之名詞（參看 Klaus von Beyme, Die parlamentarischen Regierungssysteme in Europa, 2. Aufl., 1973, S.89.）；且憲法學者亦有認為無論國王或總統作為國家元首，政治上調和鼎鼐本無待憲法規定，可謂事物之本質者（參看 Carl Schmitt, Verfassungslehre, 8. Aufl., 1993, S.287.）。中立權是否已成為現代國家憲法上之建制，猶有爭論，並未形成普遍接受之權力分立理論，自不影響本件之解釋。況縱使總統行使憲法第四十四條之權限，視為元首之中立權，亦不生協調者與被協調者之矛盾。

憲法上行為是否違憲與其他公法上行為是否違法，性質相類。公法上行為之當然違法致自始不生效力者，須其瑕疵已達重大而明顯之程度（學理上稱為 Gravitäts- bzw. Evidenztheorie）始屬相當，若未達到此一程度者，則視瑕疵之具體態樣，分別定其法律上效果。是故設置憲法法院掌理違憲審查之國家（如德國、奧地利等），其憲法法院從事規範審查之際，並非以合憲、違憲或有效、無效簡明二分法為裁判方式，另有與憲法不符但未宣告無效、違憲但在一定期間之後失效、尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範等不一而足。本院歷來解釋憲法亦非採完全合憲或違憲之二分法，而係建立類似德奧之多樣化模式，案例甚多，可資覆按。判斷憲法上行為之瑕疵是否已達違憲程度，在欠缺憲法明文規定可為依據之情形時，亦有上述瑕疵標準之適用（參照本院釋字第三四二號解釋）。所謂重大係指違背憲法之基本原則，諸如國民主權、權力分立、地方自治團體之制度保障，或對人民自由權利之限制已涉及本質內容而逾越必要程度等而言；所謂明顯係指從任何角度觀察皆無疑義或並無有意義之爭論存在。本件副總統兼任行政院院長，憲法並無禁止之明文規定，又未違反權力分立原則，從兩種職務性質而論，復無顯然不能相容或有利益衝突之處，而此一兼任問題，各方仍有仁智之見，則其兼任尚難認為瑕疵重大而明顯，已達顯然違憲程度。況依憲法增修條文第二條第三項之規定，行政院院長之免職命令，須新提名之行政院院長經立法院同意後生效，若原任行政院院長參與副總統競選，並獲當選，總統依法提名新行政院院長，在未經立法院同意前，副總統依上述規定尚須兼任行政院院長，其為憲法之所許，既無疑

義，自不能將在特定條件下憲法所許可之行為，遽予解釋為違憲。朝野人士之所以對此一兼任問題之合憲性，各持己見者，主要肇因於現行憲法以五權分立之架構，分別採取內閣制與總統制下之若干建制融合而成，論者基於理念或對政制之偏好，其結論南轅而北轍，毋乃當然。憲法結構之調整應由有權修憲之機關衡情度勢，斟酌損益，非關釋憲機關之權限。惟憲法分設總統、副總統及行政院院長三種職位，其本意實應由不同之人分別擔任。又憲法原文對副總統缺位時，並無補選之規定，增修條文第二條第七項明定：「副總統缺位時，由總統於三個月內提名候選人，召集國民大會補選，繼任至原任期屆滿為止。」亦足證明修憲者對副總統職位之重視，不容其長期懸缺，俾維持總統缺位時得立即有法定繼任者，以確保元首職位之機能不致中斷。若遇有總統缺位時，兼任行政院院長之副總統繼任後或可援引憲法第五十一條及第五十五條第二項之規定，作為人事安排之依據，但難謂並無聲請意旨一再指稱減損繼任「雙重保險機制」之疑慮。若副總統兼任行政院院長所遭遇之情形為總統不能視事，則尚不能直接從憲法條文中獲致解答。蓋在副總統與行政院院長分別由二人擔任之常態情形，副總統自可代行總統之職權，直至總統不能視事之原因消滅為止。如副總統與行政院院長同屬一人，其代行總統職權即有產生不能相容之情事，因代行職權者，既非以單純行政院院長身分為之，則與憲法第五十一條專指由行政院院長代行總統職權之規定有間。可見上開情形已不在憲法設計總統職權替代機制之範圍，或須以轉換適用之方式始能勉為因應；究與憲法上述三個職位應分別由不同之人擔任之常態設計不符，並對憲法所規定繼任或代行職權之機制有所影響。聲請意旨迭次執以指摘，自有相當理由。

綜上所述，副總統與行政院院長二者職務性質尚非顯不相容，惟副總統及行政院院長二職位由一人兼任，如遇總統缺位或不能視事時，將影響憲法所規定繼任或代行職權之設計，故由副總統兼任行政院院長，與憲法設置此二職位分由不同之人擔任之本旨，未盡相符。引發本件解釋之事實，應依上開解釋意旨為適當之處理。

## 二

憲法對行政院院長之任期並未規定，因而關於行政院院長何時卸

職或留任亦無明顯之規範可循。憲法第五十七條雖明定行政院對立法院負責，但以往因為立法院未能全面定期改選，故無從按立法院改選結果所反映之民意，定行政院院長及其僚屬（副院長及全體政務委員）之去留。為避免行政院院長毫無任期之限制，遂於每屆總統改選後，由院長率同僚屬向新任總統提出總辭，四十餘年來寢假成為例規。惟行政院須於新任總統就職時提出總辭，在現行憲法上尚無明確之依據。自八十一年起立法院已全面定期改選，第二屆立法院於翌年二月選出後，當時之行政院院長即提出辭職，八十四年十月十三日本院作成釋字第三八七號解釋，明白釋示基於民意政治與責任政治之原理，立法委員任期屆滿改選後第一次集會前，行政院院長應向總統提出辭職，此種辭職乃行政院院長憲法上之義務。除此之外，依憲法第五十七條第二款及第三款規定，立法院對於行政院之重要政策不贊同時，得以決議移請行政院變更之，行政院經總統之核可，移請覆議；或行政院對立法院決議之法律案、預算案、條約案，認為有窒礙難行時，經總統之核可，移請覆議，覆議時分別經出席立法委員三分之二維持原決議，若行政院院長不欲接受而向總統提出辭職時，亦屬憲法上義務性之辭職。對於行政院院長履行其憲法上義務之辭職，總統自無不予批准之理。至於行政院院長之其他辭職原因，本有多端，諸如因身體健康、政治情勢、領導風格等，其辭職均非憲法上義務；新任總統就任行政院院長所提出之辭職亦同。查國家元首更迭，無論君主立憲或共和國體，抑無論典型之內閣制或法國第五共和之雙首長制，自十九世紀以來，歐洲國家之內閣不乏向新就任元首提出辭職之例，故有禮貌性辭職之稱。禮貌性辭職元首是否批准因而更換內閣，各國並不一致，同一國家亦因各時期所遭遇情況而有不同（參看 Klaus von Beyme, a.a.O., S.720-727）。對於行政院院長非憲法上義務之辭職，總統自可盱衡國家政治情勢及其他情況，為適當之處理，包括核准辭職、退回辭呈或批示留任等皆屬總統本於國家元首之憲法職責，作合理裁量之權限範圍，屬於統治行為之一種，尚非本院應作合憲性審查之事項。此部分聲請意旨有謂：在五權憲法架構下，總統與行政院院長間並無從屬關係，故行政院院長之辭職並無長官可以批示云云，核與憲法規定不符，蓋依憲法增修條文第二條第二項及第三項規定意

旨，不僅行政院院長須經總統之任免，縱依憲法經國民大會或立法院同意任命人員（如大法官、考試委員、監察委員或審計長等），亦應由總統發布任免之命令，足證是否與總統有從屬關係無關。至於總統就任時，提出辭職之行政院院長亦同時就任副總統者，其涉及之憲法問題，已在同案另作解釋，此不贅述。

### 三

立法院為國家最高立法機關，憲法第六十二條定有明文。立法院之職權，憲法第六十三條有概括之規定：「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。」之外，諸如總統依憲法第五十五條提名行政院院長、依第一百零四條提名監察院審計長，均應經立法院之同意；依憲法第三十九條決議移請總統解嚴；依憲法第五十七條第一款立法委員在開會時有聽取行政院施政報告並向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權；依同條第二款及第三款有決議變更行政院重要政策及對行政院移請覆議事項決議是否維持原案之權；依憲法第一百零五條規定審議審計長所提出之決算審核報告之權；依憲法第一百一十一條中央與地方遇有權限爭議時，亦規定由立法院解決；依憲法第一百七十四條第二款立法院亦得對憲法擬定修正案提請國民大會複決；又依憲法增修條文第二條第四項總統發布之緊急命令，須於十日內提交立法院追認；再者依本院釋字第三二五號解釋立法院院會就議案涉及事項，得決議向有關機關調閱文件原本，以上所舉皆屬憲法或有憲法效力之規範所明定屬於立法院之職權，內容甚為廣泛。上述憲法所定屬於立法院職權之事項，立法院依法定之議事程序所作各種決議，按其性質有拘束全國人民或有關機關之效力。惟任何國家機關之職權均應遵守憲法之界限，凡憲法依權力分立原則將特定職權自立法、行政或司法等部門權限中劃歸其他國家機關行使；或依制憲者之設計根本不採為憲法上建制者，各個部門即有嚴格遵守之憲法義務。前者如一般國家屬於立法機關之調查權，在我國憲法上歸屬於監察權之範疇；後者如國會對內閣之不信任投票制度及內閣用以對抗之解散國會機制，亦為我國憲法所不採。至於行政院院長之任命，立法院雖有同意權，然必須基於總統提名並咨請立法院行使職權為前提，始得為之，憲法第五十五條之

規定甚為明顯。又依憲法第五十七條第二款及第三款之規定，立法院對行政院之重要政策不贊同時，得決議移請行政院變更之；立法院決議之法律案、預算案、條約案，行政院如認為有窒礙難行時，行政院均得經總統之核可移請立法院覆議，覆議時，如經出席立法委員三分之二維持原決議時，行政院院長應即接受該決議或辭職。上述規定即屬制憲者為取代內閣制國家不信任投票及解散國會制度所為之設計，憲法歷次增修對此復未有所更改。倘認為立法院得以讀會及過半數之決議咨請總統提名新行政院院長人選，俾其行使同意權，總統亦依其決議辦理，則無異創設為制憲者所不採之不信任投票制度。再依憲法之規定，向立法院負責者為行政院，立法院除上開憲法規定之事項外，並無決議要求總統為一定行為或不為一定行為之權限。是故立法院八十五年六月十一日所為「咨請總統儘速重新提名行政院院長，並咨請立法院同意」之決議，逾越憲法所定立法院之職權，僅屬建議性質，對總統並無憲法上之拘束力。

大法官會議 主 席 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

一、不同意見書：（有關「副總統可否兼任行政院院長」部分） 大法官 董翔飛

總統為國家元首，地位崇隆，如於任期內缺位或因故不能視事，憲法若無規定繼任人選或指定適當人員代行其職權，則國家將會出現中樞無主之危險狀態。是以近代立憲國家例多有副總統之設置，或指定特定人員，以備總統缺位時繼任，或因故不能視事時代行其職權，以維繫憲政體制於不墜。我國憲法及其增修條文對於國家機關之設置、總統繼任與代行之秩序、以及機關間權力制衡之關係，原有制度性之整體設計與考量，其重要者有：總統為國家元首，對外代表中華民國。總統、副總統由中華民國全體國民直接選舉之，行政院為國家最高行政機關，行政院院長由總統提名經立法院同意任命之，對立法

院負責。總統公布法律、發布命令，須經行政院院長之副署或行政院院長及有關部會首長之副署。行政院對立法院之法律案、預算案、條約案，如認為窒礙難行時，得經總統之核可，移請立法院覆議，覆議時如經出席立法委員三分之二維持原案，行政院院長應即接受該決議或辭職。總統遇國家發生天然災害、瘟疫或國家財政、經濟上有重大變故須為急速處分時，得經行政院會議之決議，發布緊急命令，為必要之處置。總統缺位時，由副總統繼任，至總統任期屆滿為止。副總統缺位時，由總統於三個月內提名候選人，召集國民大會補選，繼任至原任期屆滿為止。總統、副總統均缺位時，由行政院院長代行其職權，並於三個月內，由全體國民補選，繼任至原任期屆滿為止。總統因故不能視事時，由副總統代行其職權，總統、副總統均不能視事時，由行政院院長代行其職權。總統於任滿之日解職，如屆期次任總統尚未選出，或選出後總統、副總統均未就職時，由行政院院長代行其職權。行政院院長代行總統職權時其期限不得逾三個月等。觀其內容，總統、副總統、行政院院長在憲政架構體系中，分別處於國家元首、副元首或備位元首，及國家最高行政機關首長之核心地位，並各有一定之功能與職權，尤以總統為國家之象徵，不能一時或缺，故有副總統之設置，以備總統缺位或因故不能視事時隨即繼位或代行其職權。副總統既為備位，自亦不能一時或缺，第二屆國民大會有鑒於此，乃於憲法增修條文第二條中增列第七項「副總統缺位時，由總統於三個月內提名候選人，召集國民大會補選，繼任至原任期屆滿為止。」之規定，以補充憲法本文之欠缺，即為明証。總統、副總統均缺位或均不能視事時，由行政院院長代行其職權，旨在防範萬一總統、副總統均缺位或均不能視事時，可能導致政府權力真空之憲政危機，特許由國家最高行政機關首長，暫為代行總統職權以為過渡，並儘速辦理總統、副總統補選，以早日恢復憲政正常狀態。足見行政院院長代行總統職權，對於維繫國家永續，免於政府斷層，實有其不可忽視之安定功能，然其代行之前提，必須總統、副總統均缺位或均不能視事時始得為之，方符憲法之原意。

總統、副總統、行政院院長因均為憲法上之重要機關，且構成政府穩定之軸心，憲法特分章設置，並使其相互制衡，若副總統得兼任

行政院院長，在憲政運作上，勢將遭致如下之困惑與窒礙：

- (一)總統缺位時，依憲法第四十九條規定，係由副總統繼任，至總統原任期屆滿為止，並依增修條文第二條第七項規定，由總統於三個月內，提名候選人，召集國民大會補選，繼任至原任期屆滿為止。若副總統與行政院院長同為一人，副總統依規定繼任總統後，原所兼任之行政院院長，依權力制衡之理論，自應不得再由其繼續兼任，而須依憲法第五十五條之規定，於四十日內咨請立法院召集會議，另提新任行政院院長人選徵求同意。惟新提名之行政院院長人選，於未獲立法院同意前，事實上已發生總統兼任行政院院長之情事。依憲法原來設計，總統缺位，由副總統繼任，原本不涉及行政院長之更迭，但副總統兼任行政院院長後，不僅須於三個月內召開國民大會補選副總統，同時復須於四十日內提名行政院院長人選，咨請立法院徵求同意，若新提名之行政院院長人選難獲立法院多數黨團同意，依增修條文第二條第三項之規定，則總統兼任行政院院長之情事勢將繼續存在，萬一在副總統及行政院院長均未產生前，再遇總統缺位或不能視事時，即會發生無人繼任或無人代行總統職權之無政府狀態，此種憲政危機對國家所造成之衝擊與震撼，將不堪設想。
- (二)總統因故不能視事時，由副總統代行其職權。由於副總統兼具行政院院長之身分，以致發生代行職權期限適用之爭議。憲法第四十九條對於副總統代行總統職權之期限並無限制，原則上得至總統不能視事之原因消失，甚或迄至總統任期屆滿為止，而行政院院長代之期限則不得逾三個月。副總統兼行政院院長代行總統職權時究應如何適用，如何詮釋，亦必發生憲政運作上之困擾。
- (三)總統、副總統均缺位或均不能視事時，依憲法第四十九條、增修條文第二條第八項之規定，由行政院院長代行其職權，並於三個月內補選總統、副總統，以儘速恢復憲政體制之正常狀態。若於總統、副總統均缺位，或均不能視事時，唯一能代行其職權之行政院院長即由副總統兼任，無異將居於第一順位之副總統與第二順位之行政院院長合而為一，如遇上述情事，亦會發生因無行政院院長可以代行總統職權造成國家元首或缺無人承繼之憲政危機，能不慎乎？

民國三十八年一月，行憲後首任總統蔣中正，基於國內外政治情勢考量及營造國家和平統一環境，於首都南京正式宣示「引退」，離開總統職位，並依憲法四十九條「總統因故不能視事時由副總統代行其職權」之規定，由副總統李宗仁代行其職權。未幾和談破裂，中央政府南遷，國家政治環境丕變，李代總統飛抵廣州，旋即稱病赴美就醫不歸，憲政史上首次出現「總統、副總統均不能視事」之憲政危機，所幸當時的行政院院長並非由副總統兼任，而是由閻錫山專任，始能依第四十九條後段之規定代行總統職權，以迄蔣總統不能視事之原因消失，於三十九年三月一日在台「復行視事」而化解此一憲政危難。設若是時之行政院院長係由副總統兼任，則必然發生無行政院院長可資代行，其嚴重性將難以想像。總統、副總統不能視事，尚可藉總統「復行視事」予以化解；而總統、副總統缺位，根本沒有行政院院長可以代行總統職權之無政府狀態所給國家帶來之憲政災難就不敢想像了。足見憲法原所設計由副總統、行政院院長依序代行總統職權，係基於維繫國家元首不能一日或缺之安定考量，豈容恣意錯置與破壞？

依憲法分設國家元首與行政首長分權制衡意旨觀之，總統應不得兼任行政院院長已如上述。副總統與總統係為實踐同一政治理念，用聯名登記，同列一張選票，經由全國人民直接選舉而產生，平日雖無具體職權，然於總統缺位或因故不能視事，繼任總統或代行總統職權時，其擁有之權力即及於總統，若由其兼任行政院院長，則繼任總統者或代行總統職權者，已非憲法原所設置之副總統，而是兼具行政院院長身分之副總統；於其繼任總統期間，不僅是總統，在新任行政院院長人選未獲立法院同意前，亦仍是行政院院長；於代行總統職權期間，不僅是副總統、也是代理總統、也是行政院院長，無異將國家元首與國家最高行政機關首長多種不同之憲政角色，皆集中於副總統一身，元首權與行政權掌握在一人之手，在憲政運作上勢將出現：總統公布法律、發布命令，送請總統自己副署；總統提名行政院副院長、各部會首長及政務委員，報請總統自己任命；總統核可自己向立法院之覆議案；總統以行政院院長身分，向立法院提出施政報告、答復立法委員質詢，並對立法院負責；總統以行政院院長身分主持行政院會

議，並以行政院會議決議，報請總統自己行使緊急命令權，對國家遇有天然災害、癘疫或國家財政、經濟上之重大變故為必要之處置；總統召集包括自己兼任之行政院院長及其他相關院長會商解決彼此間之爭議等脫序亂象。不僅有違憲法第四十九條之原旨，而憲法第四十三條、第四十四條、第五十五條、第五十七條及第七十二條所建構之制衡機制，亦均因副總統之兼任行政院院長而毀壞無遺。

憲法上之機關或職位，是否得以相互兼任，本院大法官向以「兩者職務之性質是否相容」為判斷之依據，且經一再援用而已形成共識。所謂是否相容，係指兩者兼任，顯已違反憲政之基本原理或在職權行使上有可能形成利益衝突、違背權力制衡之虞者而言，本院釋字第三十號解釋「國民大會複決立法院所提之憲法修正案並制定辦法行使創制複決權，若立法委員得兼任國大代表，是以一人而兼具提案與複決兩種不相容之職務，且立法委員既行使立法權，復可參與中央法律之創制與複決，亦與憲法第二十五條及第六十二條規定之精神不符，故不能兼任。」，認立法委員不得兼任國民大會代表，即係本於此一意旨。雖國民大會創制複決兩權之行使遙不可及，或立法院提出之憲法修正案亦屬罕見，然本院仍嚴守此「祇要有可能形成利益衝突之虞」之尺度，為不得兼任之解釋。副總統兼任行政院院長於繼任總統或代行總統職權時，既已明顯發生職務不相容且可預見足以形成利益衝突之虞如上述者，焉能謂為「尚未致顯然不相容之程度」？

再就彈劾程序觀之，監察院對於總統、副總統之彈劾，須向國民大會提出，如經國民大會代表總額三分之二同意時即予解職。對行政院院長之彈劾，則由司法院公務員懲戒機關予以懲戒，其懲戒處分包括撤職或申誡。監察院對於副總統兼任行政院院長行使彈劾權時，以其兼具兩種身分，究應適用何種程序，向何機關提出，雖或可依其職務行為為之認定，然仍難免滋生實作上之困惑與窒礙：例如副總統遭致國民大會解職，副總統即已不復存在，其行政院院長之兼職是否亦一併解職，抑或仍舊存在？又如行政院院長遭致懲戒機關撤職，其副總統之本職是否亦一併撤銷，抑或容其繼續在位？復以副總統、行政院院長之產生方式、負責對象不一，其去留進退，亦將涉及責任政治與民意政治之理念層次，在在均將損及憲政秩序之安定，豈能謂為憲

法所容許。

近世成文憲法國家，不論其為何種政體，莫不奉分權制衡，建構政府架構以防範權力集中與濫用為鵠的。總統、副總統、行政院院長均為我國憲法上之重要機關，並處於權力核心領域，總統為國家元首，副總統為備位元首，遇總統缺位或不能視事時隨即代行其職權，兩者均為國家之表徵，不能一時或缺。行政院院長為國家最高行政機關首長，位居政府行政樞紐，並於總統、副總統均缺位或因故不能視事時代行其職權，以維繫國家永續、政府權力不致真空斷層，與總統、副總統構成政府之穩定軸心，功能繁重，地位崇隆，自應各設專人、分任斯職。若副總統得兼任行政院院長，顯與憲法保障國家元首不能一日或缺、總統與行政院長應有區隔之制衡意旨相違，自應為憲法所不許。解釋文及解釋理由書對上述多項關鍵爭點，尤其遇總統、副總統均缺位或均不能視事時，何來行政院院長可以代行之部分，或輕描淡寫、或語意模糊、或避不觸及，爰提出不同意見如上。

## 二、部分不同意見書：（有關「總統改選就職，行政院院長應否總辭；總統對此總辭可否予以慰留」部分）

大法官 董翔飛

現代法治國家組成政府，推行施政，應以民意為基礎，始具民主政治之正當性。立法院為國家最高立法機關，立法委員經由人民選舉而產生，代表全國人民行使立法權。行政院為國家最高行政機關，行政院院長由總統提名經立法院同意而任命，並對立法院負行政與政策上之政治責任，此乃我國憲法有關總統、行政院、立法院三者間之制度性設計，亦為反映民意政治、責任政治之有效機制，依據本院釋字第三八七號解釋，行政院院長既須於立法委員任期屆滿改選後第一次集會前提出總辭，俾總統得審視立法院改選後之政治情勢及各黨派當選之席次比例，提名適當人選，咨請立法院同意任命，足見行政院院長之去留進退，悉依立法院之民意為依歸。總統提名權之行使，係於行政院院長出缺或基於憲法明定或司法解釋必須請辭時，依循既定程序，審視立法院民意趨勢，提名適當人選徵詢同意予以任命。行政院

院長既須賴立法院多數席次之支持與認同，並對立法院負政策成敗之政治責任，自應隨同立法委員任期屆滿改選時提出總辭，方符民意政治與責任政治。依據憲法增修條文第二條第一項之規定，總統自第九任起雖已改由人民直接選舉產生，惟行政院院長提名之程序及對立法院負責之關係並未因此而有所改變，以往多位行政院院長於總統任期屆滿而總辭之先例，已因立法院第一屆資深立法委員自民國八十一年起全面定期改選、八十二年二月行政院郝柏村院長於第二屆立法委員選出後提出總辭，以及八十四年十月本院針對立法院就行政院院長究應於下屆總統就職前提出總辭，抑或隨立法院立法委員任期屆滿改選而總辭，作出釋字第三八七號解釋後之憲政環境大幅變遷而不復存在，是以行政院院長既已依憲法正當程序，由總統提名經立法院同意而任命，依據憲法第五十七條「行政院對立法院負責」之規定，總統就職時應無再行提出總辭之必要，方符該條規範民意政治與責任政治之意旨。若行政院院長為示對新任總統提名權之尊重而提出總辭，係考量政治倫理所為之禮貌性舉措，即非履行其憲法上之辭職義務，總統基於政黨政治及對立法院多數民意之尊重與禮貌，批示慰留或予退回，與憲政體制及解釋旨意尚無不合，應非憲法所不許。解釋文及解釋理由書認為總統對此原本不應請辭之請辭，亦可視同行政院院長之其他辭職原因為適當之處理，包括核准辭職等。顯已改變上開本院釋字第三八七號解釋意旨，與民意政治與責任政治之意旨亦有未合，爰提出部分不同意見如上。

## 不同意見書

### 副總統兼行政院院長釋憲案 大法官 劉鐵錚

憲法為規定國家機關組織及人民權利義務等事項之基本大法。我國憲法關於國家之架構，徘徊於三權憲法與五權憲法之間，於中央立法權與行政權關係之規定，則依違於總統制與內閣制之間，二者均忽此忽彼，缺乏明確清晰之體制，是故憲法不明與模糊之處，所在多有，此端賴適當之解釋與正常之運作，方可有濟。

關於副總統兼任行政院院長是否牴觸憲法，本人從憲法條文本身立論，並以其依據之若干憲法原理為基礎，由此分析兼職所以牴觸憲

法之理由如下：

#### 一、副總統兼任行政院院長違背憲法上權力分立原則

我國憲法對中央政府之組織及各機關之職權，係採分章規定之方式，即國民大會（第三章）、總統（第四章）、立法（第五章）、行政（第六章）、司法（第七章）、考試（第八章）、監察（第九章）。此項機關組織及權限之劃分，即為權力分立原則之採納，所以防止權力集中，避免專制、遠離擅斷之一種制度上設計，此項權力分立原則對各憲政機關成員本皆有適用。憲法所以僅對中央民意代表之兼職有所規定（憲法第二十八條第三項、第七十五條、第一百零三條參照），此因民意代表係由選舉產生，身份特殊，兼職問題，易滋爭議之故；憲法對其他憲政機關 - 總統、行政、司法、考試之成員，無禁止兼職之明文，實因彼等皆為公務員，在權力分立原則下，彼此成員不得互兼，無寧為當然之理。否則，一憲政機關之重要公務員，若得兼任他憲政機關之重要公務員，則有變象形成機關合併、職權混同及身份混淆之弊，後果不可謂不嚴重，而憲法分章規定不同憲政機關之組織及權限之權力分立原意，必遭破壞無疑。

若謂總統與副總統均屬行政權體系，故副總統兼任行政院長不生牴觸憲法權力分立原則，試問在憲法第五十三條：「行政院為國家最高行政機關。」規定下，將置總統與副總統之地位於何處？而憲法第三十七條所規定之副署制度，在同一行政權體系下，又有何存在之價值？

本院歷屆大法官對憲法上職位兼任所作之多次解釋，雖曾提出職務是否相容之認定標準，惟此均係針對民意代表兼職所作之解釋，即釋字第一號（立法委員兼任官吏問題）、釋字第十五號（監察委員兼任國大代表問題）、釋字第十七號（監察委員兼任國立編譯館編纂問題）、釋字第二十號（監察委員兼任醫務人員及公立醫院院長、醫師等問題）、釋字第三十號（立法委員兼任國大代表問題）、釋字第七十四號（國大代表兼任省、縣議會議員問題）、釋字第七十五號（國大代表兼任官吏問題）、釋字第二〇七號（省及院轄市議會議員、議長兼任私立學校院長問

題)。上述解釋不僅均係針對民意代表兼職所為，且歷屆大法官均採嚴格標準，而持否定兼職之立場（釋字第七十五號解釋僅係重申憲法之原意而已），在舉輕以明重之法理下，更難以彼例此，援用於憲政機關間公務員互兼之問題。蓋在權力分立原則下，不同憲法政機關之公務員，不得相互兼職，可說為事務之本質，亦為貫徹憲法分別設置憲政機關並賦與不同職權之原意。

公務員服務法第十四條第一項前段規定：「公務員除法令所規定外，不得兼任他項公職或業務。」他項公職，公務員均不可兼任，更遑論他憲法機關之公職乎！遍查現行法令，並無副總統或行政院院長，可以兼任他項公職之明文（縱有此種法令存在，也有牴觸憲法之問題），則在一般公務員應嚴守公務員服務法規定下，作為國家副元首或最高行政機關首長者，又豈可例外，故副總統兼任行政院院長除有違憲問題外，實尚有違法之問題。

## 二、副總統兼任行政院長違背憲法上權力制衡原則

我國憲法規定行政院院長由總統提名，經立法院同意任命之（第五十五條第一項），行政院對立法院決議之事項移請覆議時，須經總統之核可（第五十七條第二款、第三款），總統公布法律、發布命令須經行政院院長之副署，其屬緊急命令者尚須經行政院會議之通過（憲法第三十七條、增修條文第二條第四項），因此之故，總統與行政院院長間存有制衡關係，不得互兼，論者皆無疑義。茲就副總統兼任行政院院長是否違背憲法上權力制衡原則，分二種情形述之如下：

### （一）在副總統繼任總統或代行總統職權前

依憲法增修條文第二條第一項，副總統競選時須與總統聯名登記，在選票上同列一組圈選。故二人關係密切，形成共同勝選或全部落敗之勝負共同體，為不容否認之事實，且副總統為唯一享有繼任總統之權及不受期間限制之代行總統之權，同時，憲法增修條文第二條第七項也規定，遇到副總統缺位時，必須由總統於三個月內提名候選人，召集國民大會補選，繼任至原任期屆滿為止。由此可見，副總統備位總統之「特質」，即在凸顯副總統在憲法上地位之崇隆與重要。吾人若以其係備

位無具體職權為由，反謂其得兼任其他性質相容無利益衝突之職位，似有輕重不分，本末倒置之嫌；抑且，副總統與總統既同列於憲法第四章，又為總統之副手，則在總統與行政院院長間存有制衡關係下，副總統兼任行政院院長，自有破壞或影響此一憲政原則之虞。

## (二)在副總統繼任總統或代行總統職權後

憲法第四十九條規定：「總統缺位時，由副總統繼任，至總統任期屆滿為止。總統因故不能視事時，由副總統代行其職權。」副總統兼任行政院院長，一旦發生上述總統缺位或因故不能視事之情形，於前者總統缺位時、副總統繼任總統後，將出現總統與行政院院長二個職位集於一身之情況；於後者總統不能視事時，副總統代行總統職權後，將發生總統、副總統及行政院院長三個職位集於一身之現象，依首開說明 - 總統與行政院院長間存有憲法上權力制衡關係，不得互兼之原則，副總統兼任行政院院長，明顯牴觸憲法，無待辭費。

至謂於副總統不兼行政院院長，於 1.總統、副總統均缺位（增修條文第二條第八項）或 2.總統、副總統均不能視事（憲法第四十九條）或 3.總統於任滿之日解職，如屆期次任總統尚未選出，或選出後總統、副總統均未就職時（憲法第五十條），各該憲法條文既均規定由行政院長代行總統職權，即均有二位一體現象之發生，其既均為憲法所容許，何以副總統兼任行政院院長時，所發生之二位一體或三位一體之現象，即達違憲之程度？此蓋因上述三種情況，雖均違背憲法上權力制衡之原則，但其乃憲法就不得已之狀況所特別明文允許之例外，因此，在憲法無明文規定副總統可兼任行政院院長，又無明文規定就其因此造成之二位一體或三位一體之現象，可被允許下，其與上述三種憲法明文規定之情形，即不可同日而語，自有違背憲法上權力制衡之原則。

另謂副總統兼任行政院院長，一旦出現總統缺位之情形，以副總統身分繼任後，應立即提名新院長人選，咨請立法院同意；其在立法院休會期間者，則適用憲法第五十五條第二項，

由副院長代理其職務，即足以解決二位一體之現象，故未達違憲程度云云。其實此種曲意維護現實，勉強解釋適用之方法，均有盲點。簡言之，前一情形，在新院長未獲立法院同意前，二位一體之現象仍然存在（增修條文第二條第三項參照）；在後者情形，憲法第五十五條第二項行政院院長之辭職係出於自願，並非憲法義務之辭職，憲政大事不能依賴當事人之善意，亟需建立制度，以圖憲政秩序之長久安定，方為正途。

至於副總統兼任行政院院長所遭遇之情形為總統不能視事，其因此造成三位一體之現象，依同一理由，也絕非可藉類推或轉換適用之方式，即可圓滿解決，憲法之解釋絕不可圖一時之便利，致貽無窮之後患。

### 三、副總統兼任行政院院長違背憲法對總統職權所為「雙重安全保障」之規定

總統為國家元首，對外代表中華民國（憲法第三十五條），對內統率全國陸海空軍（憲法第三十六條），並享有憲法有三十七條至四十四條所列舉之各項權限。總統既為國家統一存在之象徵，全民擁戴之領袖，位高權重，自不能一日或缺。此所以憲法除規定總統缺位時，由副總統繼任，總統不能視事時，由副總統代行其職權外，增修條文第二條第八項復載：「總統、副總統均缺位時，由行政院院長代行其職權。」，以及憲法第四十九條後段：「總統、副總統均不能視事時，由行政院院長代行其職權。」之明文規定。上引條文即為憲法針對確保總統職權行使不能一日中斷，所作之雙重安全保障之規定。我國憲法既分設總統、副總統及行政院院長三個職位，其本意自應由不同之人分別擔任，此所以上引條文皆規定總統、副總統「均」缺位或「均」不能視事時，由行政院院長代行其職權，並未省略其中任一職位，而憲法原條文對副總統單獨缺位時，並無補選之規定，增修條文第二條第七項對此情形，已明定由總統於三個月內提名候選人，召集國民大會補選，繼任至原任期屆滿為止。尤足證明第二屆國民大會對副總統職位之重視，不容長期虛懸，俾維持總統缺位時得立即繼任，以確保總統職位之功能不致中斷。若萬一總

統、副總統「均」缺位或「均」不能視事時，也有行政院院長代行總統之職權，並即進行補選總統、副總統。惟在副總統兼任行政院院長時，一遇總統、副總統「均」缺位或「均」不能視事時，國家無人有權行使總統之職權，對外無人代表中華民國，對內無人統率全國陸海空軍，國家陷入無人行使元首職權之窘境，是則憲法為鞏固國權，保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利之宗旨，豈不盡失。負有解釋憲法重責大任者，於解釋憲法時，除應忠於憲法之原意外，更應為建立長遠的而非一時的憲政秩序之安定，而念茲在茲！爰為不同意見書如上。

## 抄立法委員馮定國等六十二位聲請書

### 壹、聲請解釋憲法之目的

新任總統產生後，行政院長率內閣閣員總辭時，總統可否對其行政院長之辭呈批示慰留或退回，而無須再重新提名並咨請立法院同意，憲法規定不詳，於適用時滋生諸多疑義，特請大法官解釋，副總統得否兼任行政院長亦請大法官一併解釋。

### 貳、疑義性質、經過及涉及憲法條文

新任總統產生後，行政院為了尊重總統對閣揆提名權，皆會由院長率同閣員依憲政慣例提出總辭，而由新總統重新提名閣揆咨請立法院同意。但若總統欲使原有之院長續任時，總統府認為無須重新提名，僅須於行政院長之辭呈上批示慰留或退回即可，而立法院堅持即使被提名人與現任院長為同一人，也須由總統重新提名，送請立法院同意以維持憲政慣例，雙方各持理由，互不相讓，另外總統亦擬提名副總統兼任行政院長，立法院認為違憲，互有爭執。

#### 一、總統府認為無須重新提名之理由主要有二：

##### 1. 原有之院長已經過立法院同意，故不須再經立法院同意：

總統府認為原有之行政院長既已經過立法院同意，而現在所欲提名之院長既與原來之行政院長係同一人，故無須再經立法院行使同意權。

2. 不須重新提名，即不須經立法院同意：

總統府認為，行政院長辭呈之批示權是屬於總統之實質權利，只要總統不批示行政院長之辭呈，則並無新院長被提名人之產生，而無新院長則無須再經立法院同意。

二、立法院認為必須重新提名咨請立法院同意之理由

立法院認為必須重新提名咨請立法院同意之主要理由有：

1. 總統對行政院長辭職之免職令僅是形式之權利而非實質之權利：

依憲法或憲政慣例或大法官會議解釋行政院長至少有下列之三種情形應辭職：

- a. 立法院對行政院之覆議案經出席立法委員三分之二維持原案時。
- b. 立法委員任期屆滿改選後第一次集會前。
- c. 新任總統選出後。

在上列之三種情形，行政院長皆必須向總統提出辭職，總統如皆可在其辭呈上批示慰留，則行政院長豈非可永不經立法院同意，且依憲法增修條文規定行政院長之免職令，須新院長經立法院同意後生效，由此更可知總統對行政院長之免職權僅為形式之權利。

2. 行政院長原經立法院同意時，其立法院之同意僅同意至原任總統任期屆滿時及現任立委任期屆滿時為止，今新任總統既已選出，故總統不得批示慰留或退回，應重新提名。
3. 原立法院同意時之行政院長未具副總統身份，今已具有副總統身份，其客體不同，故原立法院之同意不得延續至新任總統就職後。
4. 慰留或退回僅為長官對部屬之行政行為，行政院為國家最高行政機關與總統府無從屬關係，故行政院長之辭職，在五權憲法架構下無長官可對其慰留。

三、總統府認為副總統可兼任行政院長之理由主要有二：

1. 有前例可循。
2. 憲法無明文規定不得兼任。

#### 四、立法院認為總統不得兼任行政院長之理由有三：

1. 總統、副總統、行政院長依憲法第四十九條規定，三者各有其職位，不得重覆。
2. 當總統缺位時由副總統續任，此時成為總統兼任行政院長，此時如行政院依憲法規定須總辭時，變成自己向自己總辭；總統公布法律、發布命令、行政院長副署時，亦發生相同之情況。
3. 總統、副總統均缺位或不能視事時，由行政院長代行其職權，今副總統兼任行政院長，如總統、副總統均缺位，將無人可代行職權。

#### 五、憲法相關條文

總統、行政院與立法院之關係與本聲請有關者分別規定於憲法第三十七條、第四十九條、第五十三條、第五十五條第一項、第五十七條、憲法增修條文第二條第三項、大法官釋字第三八七號解釋。

憲法第三十七條規定：「總統依法公布法律，發布命令，須經行政院院長之副署，或行政院院長及有關部、會首長之副署。」

憲法第四十九條規定：「總統缺位時，由副總統繼任，至總統任期屆滿為止。總統、副總統均缺位時，由行政院院長代行其職權，並依本憲法第三十條之規定，召集國民大會臨時會，補選總統、副總統，其任期以補足原任總統未滿之任期為止。總統因故不能視事時，由副總統代行其職權。總統、副總統均不能視事時，由行政院院長代行其職權。」

憲法第五十三條規定：「行政院為國家最高行政機關。」

憲法第五十五條第一項規定：「行政院院長，由總統提名，經立法院同意任命之。」

憲法第五十七條第一項第二、三款規定：「二、立法院對於行政院之重要政策不贊同時，得以決議移請行政院變更之。行政院對於立法院之決議，得經總統之核可，移請立法院覆議。覆議時，如經出席立法委員三分之二維持原決議，行政院院長應即接

受該決議或辭職。

三、行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院十日內，移請立法院覆議。覆議時，如經出席立法委員三分二維持原案，行政院院長應即接受該決議或辭職。」

大法官釋字第三八七號解釋：「行政院設院長、副院長各一人，各部會首長若干人，及不管部會之政務委員若干人；行政院院長由總統提名，經立法院同意任命之；行政院副院長、各部會首長及不管部會之政務委員，由行政院院長提請總統任命之。憲法第五十四條、第五十五條第一項、第五十六條定有明文。行政院對立法院負責，憲法第五十七條亦規定甚詳。行政院院長既須經立法院同意而任命之，且對立法院負政治責任，基於民意政治與責任政治之原理，立法委員任期屆滿改選後第一次集會前，行政院院長自應向總統提出辭職。行政院副院長、各部會首長及不管部會之政務委員係由行政院院長提請總統任命，且係出席行政院會議成員，參與行政決策，亦應隨同行政院院長一併提出辭職。」

憲法增修條文第二條第三項：「行政院院長之免職命令，須新提名之行政院院長經立法院同意後生效。」

#### 參、兩造辯論程序之聲請

為求本解釋案決議之周延，聲請人請求開辯論庭。本院參與辯論之人選延後補呈。

#### 肆、聲請解釋之急迫性

新任總統已就任，且總統擬以退回行政院長之辭呈或批示慰留之方式來迴避立法院之行使同意權，亦欲使副總統兼任行政院長，如未經大法官之解釋，很可能造成府院衝突之憲政危機，為此特請大法官依最速件之方式做出解釋以利憲政運作，俾能化解憲政危機。

聲請人

立法委員	馮定國	周陽山	錢 達	林豐喜	姚立明
	郁慕明	陳一新	賴來焜	趙永清	謝聰敏

黃國鐘 鄭龍水 廖學廣 鄭寶清 黃天福  
蔡正揚 蔡煌瑯 張俊宏 張旭成 林光華  
巴燕達魯 李顯榮 謝欽宗 謝啟大 蕭裕珍  
林政則 蔡明憲 范巽綠 林哲夫 劉進興  
李俊毅 林忠正 許添財 高惠宇 林明義  
葉菊蘭 黃爾璇 陳定南 傅崑成 林郁方  
郝龍斌 朱惠良 周 荃 陳癸森 林濁水  
郭政權 鍾利德 劉盛良 王天競 陳朝容  
鄭朝明 羅福助 簡錫堦 蔡中函 全文盛  
蘇貞昌 陳其邁 王雪峰 周伯倫 瓦歷斯貝林  
朱高正 蘇煥智

中 華 民 國 八 十 五 年 五 月 三 十 日

## 抄立法委員郝龍斌等八十二位聲請書

### 壹、聲請憲法解釋之目的

聲請大院大法官解釋憲法，行政院院長不得兼任副總統，副總統亦不得兼任行政院長，擔任其中一職而願就任其中另一職者，應即辭去現職，並於就任另一職時生效；其未經辭職而就任另一職者，應於就任另一職時視為辭職。於大院為解釋之日已有兼任情形者，應於解釋之次日於兩職中擇一辭職，即時生效；其未為選擇者，視為辭卸原職。

### 貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

現任閣揆已於五月二十日就任副總統，雖曾請辭，惟總統未發免職令，並於六月五日獲總統慰留，續任行政院院長，形成行政院院長兼任副總統，聲請人等為立法院立法委員，依憲法規定行使職權，行政院院長向立法院負責，而生行政院院長兼任副總統應屬違憲之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款規定聲請大院釋憲。

我國憲法於第四章規定「總統」，第五章規定「行政」，副總統為國家備位元首，非行政系統之成員，與行政院長之職位、

性質兩異，互不相容，憲法第三十五條、第四十五條、第五十一條、第五十三條、第五十七條、憲法增修條文第二條第三、六、七、八項規定甚明，副總統與行政院院長若由同一人兼任，將嚴重影響中央政府體制定位，不符憲法相關規定，憲法既未明文許其兼任，屬憲法有意省略之事項，即非憲法所許。

參、聲請解釋之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

(一)憲法分設副總統與行政院院長為不同之職位，依權力分立制度之法理，不得兼任。

憲法分章規定「總統」與「行政」，依憲法第四十五條、第四十六條、第四十九條、增修條文第二條第一、六、八項及第六條第三、五項規定，副總統與行政院院長職位之產生與性質均截然不同，憲法分設其職，依權力分立制度之原理，應由不同之人分任其職，否則即與憲法於不同章節分設其職之意思相左；又憲法增修條文第二條及第六條對副總統及行政院院長之彈劾、罷免，分設不同之程序規定，一人兼任兩項職務，一旦發生彈劾事由，程序上應為如何之適用？顯非憲法設制之本意。

(二)副總統為國家備位元首，行政院院長為國家最高行政機關首長，兩者性質迥異，行政院院長不得兼任副總統。

憲法第四十九條規定，「總統缺位時，由副總統繼任，至總統任期屆滿為止」；總統、副總統均缺位時，則應辦理補選；憲法增修條文第二條第八項之規定同其意旨，又於第七項規定副總統缺位時之補選程序，藉以防免總統缺位之空白，副總統為備位總統，憲法法意甚明。依憲法第三十五條之規定，總統為國家元首。副總統既為備位總統，即為國家之備位元首。行政院院長依憲法第五十三條之規定，則為國家最高行政首長，有其職務分際，不得兼任副總統。憲法第四十九條規定總統缺位時，由副總統「繼任」；總統、副總統均缺位時，由行政院院長「代行其職權」，憲法增修條文第二條第七、八項規定用語與之相同，可知副總統與行政院院長之地位迥異；憲法第五十一條復明文規定行政院院長代行總統職權時，其期限

不得逾三個月；與副總統備位總統，應至任期屆滿為至，迥不相同，即可知憲法嚴防行政院院長與總統之職位混同，行政院院長不僅不得兼任總統，行政院院長亦不得兼任副總統，否則代行總統職權不得逾三個月之人，竟得繼任總統至任期屆滿，憲法第五十一條之規定，必形同具文。

- (三)副總統承總統之命行事，受總統指揮；行政院院長為國家最高行政機關首長，掌理行政權，向立法院負責，依總統並不指揮行政院院長之憲法精神，副總統不得兼任行政院院長。副總統為國家之備位元首，總統在位時，副總統應承總統之命行事，而無獨立之職權。例如憲法第四十四條規定總統對於院與院之爭執，除憲法有規定者外，得召集有關各院院長會商解決之，若總統認為適當，命副總統代其協商各院間爭議，即無不可。副總統無獨立職權，而需承總統之命行事，受總統指揮；行政院院長則有不然，依憲法第五十三條、五十四條之規定，為國家最高之行政首長，依憲法第五十七條規定及大院釋字第三八七號解釋，行政院院長向立法院負責，行政院院長掌理行政權，乃不受總統指揮；憲法增修條文第二條第五項規定總統得依法律規定設置國家安全會議與所屬國家安全局，惟國安會與國安局既均隸屬總統，即未改變行政院院長為國家最高行政機關首長之地位，行政院院長並不因此即受總統指揮。總統提出關於國家安全之大政方針，只能形成政治影響，不能具備法的拘束力，其應否及如何形成行政院政策向立法院提出法律案，均應為行政院之自由裁量。按行政院院長非屬總統僚屬，為我國憲法之基本精神之一。制憲前國民政府曾於民國二十五年五月五日公布憲法草案，通稱為「五五憲草」，其中不僅未規定行政院向立法院負責，且於第五十六條規定行政院院長由總統任免之。張君勳氏於所著「中華民國民主憲法十講」中，乃曰：「五五憲草中之行政制度，可說行政權集中於總統一人手上。雖然第五十五條規定：『行政院為中央政府行使行政權之最高機關』，但行政院各部長官由總統任免，同時院長及各部會長官又專對總統一人負責，故院長及各部會長官為總統之屬

僚」(商務,六十年二月台一版,頁五十六)。民國三十四年二月間國民參政會憲政實施協進會提出五五憲草研討意見,亦明謂「總統制下之行政院院長,對總統負責,自應由總統任免」。至民國三十五年一月間政治協商會議通過憲草修改原則,關於行政院部分,則為根本之改寫,而有「行政院為國家最高行政機關,行政院長由總統提名,經立法院同意任命之,行政院對立法院負責」之原則,同年十一月復有政協憲草之提出,以第五十六條之規定改變五五憲草之第五十五條,而成為「行政院院長由總統提名經立法院同意任命之,立法院休會期間,行政院院長辭職或出缺時,總統得暫行派員代理其職務,但須於四十日內召集立法院會議提請同意」,制憲時則更進一步改為現行憲法第五十五條之文字,使行政院院長之掌理行政權,向立法院負責,不受總統指揮。且五五憲草中第六十八條規定總統交議事項應經行政院之行政會議議決,併自政協草案中刪去,現行憲法中亦不復見。相互對照,可知制憲時使行政院向立法院負責,總統不得單獨任免行政院院長,無權為交議事項,以免閣揆成為總統屬僚,才能真正成為最高行政機構之首長,為憲法之重要意旨。憲法增修條文第二條第三項規定行政院院長免職命令需經立法院同意新提名之閣揆後生效,其意相若,亦在避免行政院院長可由總統逕行免職,失卻獨立掌理行政權之地位。凡此均為大院依司法院大法官審理案件法第十三條規定解釋憲法所應參考之制憲、修憲資料。副總統既需承總統之命行事,若使兼任行政院院長,行政權將盡入國家元首囊中,絕非憲法分設國家元首與行政院院長為兩職,不使總統掌理行政權之本意,副總統自不得兼任行政院院長。

(四)總統為國家元首,不應兼任行政院院長;副總統為備位總統,總統不能為者,副總統亦不能為。

憲法規定總統與行政院院長角色各異,前引憲法第四十四條規定總統得召集各院院長會商解決院際爭執,行政院可能為爭執之一方,總統若兼任閣揆,憲法第四十四條之規定恐難生應有之作用;憲法第五十七條規定行政院院長行使覆議權應經

總統核可、第三十七條規定總統公布法令應經行政院院長副署、第三十八條、第四十三條、第五十八條規定總統行使職權應經行政院會議決議之程序，在在均寓含總統與閣揆間權力制衡之意，總統若兼任行政院院長，凡此權力限制均將失其作用，自非憲法所許；副總統為備位之總統，總統不得為者，備位總統反得為之，實非憲法之常理。總統不得兼任行政院院長，副總統自亦不得兼任行政院院長。林紀東氏於所著「中華民國憲法逐條釋義（二）」書中語及「副總統應超然於各院之外，如兼任為院長，恐不合於憲法之精神也」，其意實即在此。

- (五)我國憲法設置之中央政府體制，職務互不相容之機關，人事以不相重疊為其基本原則，副總統與行政院院長之職務互不相容，自不得兼任行政院院長。

憲法第七十五條、第一百零三條均明文限制職務互不相容之政府機關人事重疊，大院則一再以釋字第一號、第四號、第十五號、第十七號、第二十號、第二十四號、第二十五號、第三十號等解釋重申其旨，此為我國中央政府建制之基本原則。憲法雖未明文禁止副總統兼任行政院院長，然不能因此目之為憲法之有意省略事項（大院釋字第三號解釋參照），蓋憲法亦未規定司法院院長不得兼任行政院院長、行政院院長不得兼任法官、或行政院院長不得兼任考試院院長，若彼此竟可相互兼任，實與憲法規定政府機關分立而治之本意不符。又依憲法第二十八條規定之反面解釋，國民大會代表可兼官吏，大院釋字第三十號解釋猶認國大代表與立法委員職務互不相容，不可兼任。憲法既未明文允許副總統得兼任行政院院長，此則應認係憲法有意省略事項。副總統與行政院院長之職務互不相容，已如前述，副總統自不得兼任行政院院長。

- (六)憲政上雖曾有副總統兼任閣揆之實例，但既不符憲法規定，亦不構成憲政習慣，戡亂時期之作為，不足為訓。

我國行憲之後，總統提名現任副總統兼任行政院院長，蔣中正總統曾有其例，惟此為戡亂時期之產物，與憲法規定實不

相符。憲政中曾經出現之實例，未必足以構成具有拘束力之憲政習慣。副總統兼任行政院院長或行政院院長兼任副總統，在我國並非常例，且我國一向政治人才鼎盛，必由一人兼任兩職，憲政上殊無構成常例之理由；以本案所生之爭議觀之，副總統兼任閣揆在政治上亦未發生一般人確信為法之結果，不能認為業已構成憲政習慣；況副總統兼任行政院院長或行政院院長兼任副總統，均與憲法規定有違，已如前述，自不能以過去違憲之錯誤示範做為合憲解釋之基礎。面對戡亂時期紊亂憲政之措施，熟諳非常時期憲政之林紀東氏身處戡亂時期，猶下「不合憲法精神」之針砭，具見碩學法儒，但知有憲法、不知阿世媚俗之前人風範，況乎國家進入民主憲政之成熟期，取法乎上猶且不違，焉能重蹈以往不足為訓之惡例之覆轍？

肆、聲請大院援釋字第一號解釋之成例，為憲法解釋如壹之說明。

聲請人

立法委員	郝龍斌	陳一新	賴來焜	陳漢強	林濁水	周伯倫
	林瑞卿	蘇煥智	鄭朝明	許添財	尤宏	廖大林
	蘇嘉全	顏錦福	蕭裕珍	劉進興	洪奇昌	陳癸森
	林政則	朱惠良	錢達	鄭寶清	王志雄	翁金珠
	李應元	巴燕達魯	周陽山	范巽綠	彭紹瑾	彭百顯
	廖學廣	陳文輝	蔡明憲	陳定南	林豐喜	林文郎
	李俊毅	林忠正	王雪峰	王拓	王天競	林郁方
	姚立明	高惠宇	張俊宏	徐成焜	陳宏昌	蔡中涵
	林明義	陳朝容	傅崑成	施明德	黃國鐘	周荃
	張俊雄	沈富雄	林哲夫	陳其邁	黃天福	余玲雅
	邱垂貞	簡錫堦	林宏宗	羅福助	陳志彬	馮定國
	李慶華	謝啟大	林光華	李進勇	張旭成	陳永興
	施台生	高揚昇	柯建銘	鄭龍水	郁慕明	蔡正揚
	趙永清	朱高正	蘇貞昌	瓦歷斯貝林		

中華民國八十五年六月五日

## 抄立法委員張俊雄等五十七位聲請書

為連戰先生以副總統身分兼行政院長，有牴觸憲法第四十九條等條文之疑義，應請大法官會議解釋，並宣告副總統不得兼任行政院長：

甲、依憲法第四十九條之精神，制憲者當初對政府架構之設計，顯然副總統和行政院長是由二人擔任的兩個重要職位。故由副總統兼任行政院長，顯與憲法相牴觸。

憲法第四十九條規定：「總統缺位時，由副總統繼任，至總統任期屆滿為止。總統、副總統均缺位時，由行政院院長代行其職權」 「總統因故不能視事時，由副總統代行其職權。總統、副總統均不能視事時，由行政院院長代行其職權」。依據此規定：「總統、副總統均缺位時，由行政院院長代行其職權」，「總統、副總統均不能視事時，由行政院院長代行其職權」，意指在副總統亦出缺（亦均不能視事）時，由行政院長代行總統職權，由此可知，制憲者當初對政府架構設計裡，很顯然副總統和行政院長是由二人擔任的兩個重要職位，否則副總統若與行政院長同一人，他既不能以副總統身分代行總統職務，又如何有可能以行政院長身分代行，可見副總統兼任行政院長之權宜措施，已牴觸憲法第四十九條之規定。

乙、副總統兼任行政院長，實已破壞憲法所設計之體制，誠與憲法相牴觸。

憲法增修條文第二條第一項定：「總統、副總統由中華民國自由地區全體人民直接選舉之。」憲法第五十四條規定：「行政院設院長、副院長各一人，各部會首長若干人，及不管部會之政務委員若干人。」憲法第五十五條第一項規定：「行政院長由總統提名，經立法院同意任命之。」憲法第四十九條規定：「總統缺位時，由副總統繼任，至總統任期屆滿為止，總統、副總統均缺位時，由行政院長代行其職權。」

根據上述之規定，憲法分別指陳副總統及行政院長產生的方式、扮演的角色，以及可履行的職權，在在證明憲法所設計之體

制是將副總統及行政院長定為兩種職位，且由二個不同的人來擔任，以符合專業分工的原則。故副總統兼任行政院長，實已破壞憲法所設計之體制，誠與憲法相牴觸。

丙、副總統兼任行政院長亦有混亂體制之虞，不是長治久安之計。

憲法增修條文第二條第九項規定，國民大會擁有提出總統、副總統罷免案的職權，另外第二條第十項，國民大會亦擁有議決監察院所提出總統、副總統彈劾案的職權，而憲法第五十七條規定行政院對立法院負責。所以在副總統兼任行政院長的情況下，如果國民大會與立法院的意見不一，勢必形成僵局，因此，副總統兼任行政院長有混亂體制之虞，不是長治久安之計。

丁、總統不得兼任行政院院長，副總統自亦不得兼任行政院院長。

憲法第四十四條規定：「總統對於院與院間之爭執，得召集有關各院院長會商解決之。」而行政院亦可能為院與院間爭執之一方，總統若兼任行政院院長，憲法第四十四條之精神必破壞無遺。

憲法第三十七條規定：「總統依法公布法律，發布命令，須經行政院院長之副署，或行政院院長及有關部會首長之副署。」

憲法第三十八條、第四十三條、第五十七條，亦均寓含了總統與行政院院長權力之均衡，故總統若兼任行政院院長，這種權力均衡之設計將喪失作用，自非憲法之目的所在，而副總統為備位之總統，總統不得為者，備位總統（副總統）反可為之，實非憲法常理，總統不得兼任行政院院長，副總統自亦不得兼任行政院院長，其理至明矣。

戊、總統、副總統、行政院長三位一體，可能形成憲政僵局，將嚴重傷害憲法尊嚴，使國內政局陷入動盪不安。

副總統依憲法的規定，本有繼任總統或代行總統職權之可能性。憲法學者宿林紀東教授在其所著「中華民國憲法逐條釋義」中即明白提及：「副總統應超然於各院之外，如兼任行政院院長，恐不合於憲法之精神也。」其文中更提及：「設置副總統之主要目的，實在總統缺位時之繼任，倘副總統與行政院長為同人，一旦總統因故不能視事，則如同由行政院院長代行總統職

權，但憲法上若干權力實有不適宜由行政院長代總統行使者，如第四十四條之權限爭議處理權，及第五十七條之核可權。」而前述問題之發生，並非不可能。所以副總統兼行政院長同一人化的安排，則有可能造成總統、副總統、行政院院長三者合一的窘境，便可能形成憲政僵局，嚴重傷害憲法尊嚴，更可能使國內政局陷入動盪不安，恐非國家與全民之福。

綜上所陳，副總統兼任行政院長，同一人化的「政治安排」，雖有歷史先例，但先例立存的時空環境，與今日之情勢大不相同，如陳誠先生，嚴家淦先生以副總統兼任閣揆，畢竟是威權時代的例子，陳誠是因當時的行政院院長俞鴻鈞遭監院彈劾而兼任，嚴家淦先生兼任則是強人培植蔣經國的產物，故不能再憑先例來合法化這項安排，況且這種安排不符合世界潮流，亦有違分職定位的組織設計原則。故連戰先生以副總統身分兼行政院院長，有抵觸憲法第四十九條等條文之疑義，應請大法官會議解釋，並宣告副總統不得兼任行政院院長。

謹 狀

司法院 公鑒

聲請人：

即立法委員 張俊雄 蘇嘉全 謝錦川 柯建銘 沈富雄 簡錫堉  
許添財 黃國鐘 顏錦福 林光華 陳其邁 彭百顯  
朱高正 李進勇 鄭朝明 巴燕達魯 蔡正揚 林哲夫  
周伯倫 黃天福 蘇貞昌 郁慕明 王 拓 張旭成  
林文郎 蔡煌瑯 陳永興 李俊毅 錢 達 葉菊蘭  
林濁水 王雪峰 廖學廣 張晉城 廖大林 傅崑成  
馮定國 朱惠良 邱垂貞 姚立明 陳一新 劉進興  
蘇煥智 陳文輝 周 荃 高惠宇 鄭寶清 蕭裕珍  
林忠正 陳癸淼 謝聰敏 周陽山 彭紹瑾 余玲雅  
翁金珠 林豐喜 李應元

中 華 民 國 八 十 五 年 六 月 十 四 日

## 抄立法委員饒穎奇等八十位聲請書

主旨：立法委員饒穎奇等八十人，為總統改選，行政院院長須否辭職並由總統重行提名行政院院長咨請立法院同意，副總統得否兼任行政院院長，及立法院本（八十五）年六月十一日審查通過「咨請總統儘速重新提名行政院院長，並咨請立法院同意」決議案，是否逾越憲法賦與立法院之權限以及對總統是否具拘束力等，發生疑義，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款聲請解釋。

說明：

### 壹、聲請解釋憲法之目的

- 一、依憲法第五十七條規定，行政院向立法院負責；貴院大法官議決釋字第三八七號解釋並已作出明確決議，認為行政院院長須於立法院改選後，向總統辭職。依此意旨，總統改選後，本於民意政治原理已獲同一立法院同意任命之行政院院長，應無隨同辭職之憲法義務，總統對行政院院長請辭所為「著毋庸議」之批示，係屬總統之職權範圍；又依憲法第五十五條第一項「行政院院長，由總統提名，經立法院同意任命之。」之規定，行政院長之提名權屬總統，憲法所賦與立法院者僅為被動行使對該被提名人選之同意與否之權，總統既未重行提名新院長，在立法院未改選之情況下，自不生須再咨請立法院同意之問題。
- 二、副總統之設置，依憲法第四十九條規定，端在總統缺位或因故不能視事時，繼任或代行總統之職權，平日即為總統分勞，輔弼總統處理憲法規定事務，並無特定之職務；與行政院院長為國家最高行政機關首長職務之性質並無不相容或矛盾之處，故在我國憲法及其增修條文與法律未限制情形下，如基於實際需要而以副總統身分兼任行政院院長，尚無不可。
- 三、依憲法規定，對立法院負責者為行政院，並非總統，故

立法院監督對象為行政院，並非總統，而立法院之職權係就總統提名之行政院院長人選為被動行使同意權，並未包括主動提名權，總統改選既無應重行提名行政院院長之憲法義務，則立法院本年六月十一日審查通過「咨請總統儘速重新提名行政院院長，並咨請立法院同意」決議案，已逾越憲法賦與立法院之權限，對總統自不具拘束力。

## 貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

立法院為行使職權適用憲法發生疑義之事項，爰說明如下：

- 一、本聲請之提出係依據司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款：「依立法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，適用憲法發生疑義，」之規定。
- 二、憲法第五十七條規定行政院對立法院負責，第五十五條第一項規定「行政院院長，由總統提名，經立法院同意任命之」，惟對行政院院長任期並無明文規定，貴院大法官爰作成釋字第三八七號解釋，明確釋示行政院院長應提出辭職之時機，至於行政院院長已依上開規定請辭，並於立法院改選後被重新提名獲同意任命之情形，於新任總統產生後須否再辭職並由總統重行提名行政院院長咨請立法院同意、副總統得否兼任行政院院長及立法院前揭「咨請總統儘速重新提名行政院院長並咨請立法院同意」之決議有無逾越憲法賦與立法院之權限以及對總統是否具拘束力等，適用憲法仍有疑義，故聲請解釋。

## 參、聲請解釋憲法之理由及對本案所持之立場與見解

- 一、關於總統改選，行政院院長須否辭職並由總統重行提名行政院院長咨請立法院同意部分：
  - (一)我國憲法並無行政院院長任期之明文規定，惟行政院院長由總統提名，經立法院同意任命，行政院院長對立法院負政治責任，此乃我國憲法有關總統、行政院與

立法院三者間之制度性設計，基於民意政治及責任政治之原理，行政院院長自應於每屆立法委員任期屆滿改選後提出辭職，俾總統得審視立法院改選後之政治情勢，重行提名新任人選，咨請立法院同意，以反映民意趨向，貴院大法官爰於八十四年十月十三日作成釋字第三八七號解釋，闡明立法委員任期屆滿改選後第一次集會前，行政院院長應提出總辭，此一解釋已為確立行政院總辭時機之憲法性規範。行政院連院長既依上開解釋於本年一月二十五日提出總辭，並依憲法第五十五條第一項規定，經總統提名，獲立法院本屆第一會期第一次院會同意，於本年二月二十四日重行任命為行政院院長，其現任行政院院長職務，已完成各項憲法程序，符合憲政規定及體制。

- (二)以往幾位行政院院長固有以配合總統任期屆滿為由而提出總辭之事實，但當時立法院未經全面改選，尚不能反映民意全貌，如行政院院長於斯時之政治情勢下未配合總統任期屆滿提出總辭，即有得永遠續任之虞，故有總辭之情形。現立法院既經全面改選，且第三屆立法委員就職後，連戰院長已依貴院大法官議決釋字第三八七號解釋向總統提出總辭，並經總統再次提名由立法院予以實質審查後同意任命，已具體踐行憲法第五十七條向立法院負責之規定，與過去情勢已顯然有別，以往行政院院長在總統任期屆滿提出總辭之模式已不宜沿用。更何況憲法增修之後，總統任期與立法委員任期互有參差，行政院究應於何時提出總辭，貴院大法官議決釋字第三八七號解釋已經闡明，如總統改選後行政院院長亦需總辭，由總統重行提名行政院院長，再由立法院行使二次同意權，極易使政局陷於不穩定狀態，重大政策將無法順利推動。連戰院長於本次總統改選後之提出總辭，並非緣於憲法義務或沿用舊例，而僅係基於政治倫理對新任總統職權

之尊重而為之禮貌性辭職，總統依其職權批示「著毋庸議」，即有無庸辭職之意。

- (三)總統連選連任，仍以原行政院院長為行政院院長時，性質上即屬續任，該院長既經立法院同意在先，在立法院未改選之情況下，重行提名送請同意，並無意義，且在法理上如行政院院長之重要政策，為立法院所不贊同，自可依憲法第五十七條第二款規定，決議移請行政院變更之。
- (四)依憲法第五十五條第一項「行政院院長，由總統提名，經立法院同意任命之。」之規定及其增修條文第二條第三項總統發布依憲法經立法院同意任命人員之任免命令，無須行政院院長之副署及同條第四項行政院院長之免職命令，須新提名之行政院院長經立法院同意後生效之意旨，行政院院長之提名權屬總統，總統如欲更易現任行政院院長，原可隨時另提新任之人選咨請立法院行使同意權，如立法院同意新人選，則原任行政院院長自須辭職；如不辭職，總統亦可予以免職，而不需行政院院長副署，既然總統提名行政院院長人選之時機非僅限於總統就任之際，而立法院之同意權亦僅為被動行使，則總統自無於就任時應重新行使提名權咨請同意之憲法義務。
- (五)綜上，無論從憲法規定或法理而論，新任總統就職，行政院院長並無於此時應行辭職之憲法義務，總統對行政院院長之請辭批示「著毋庸議」，係屬總統之職權。行政院院長之提名既權屬總統，憲法所賦與立法院者僅為對該被提名人選之被動行使同意與否之權，從而總統並無應重行提名行政院院長之憲法義務。其既未重行提名，自不生須再咨請立法院同意之問題。

## 二、關於副總統得否兼任行政院院長部分：

- (一)副總統之設置，依憲法第四十九條規定，端在總統缺位或因故不能視事時，繼任或代行總統之職權，平日

即為總統分勞，輔弼總統處理憲法規定事務，並無特定之職務；而行政院院長為國家最高行政機關首長，其職權包括綜理行政院事務，並監督所屬機關；關於一般行政事務，得依法發布命令；副署總統公布之法律、命令；主持行政院會議；提請總統任命行政院副院長、各部會首長及不管部會政務委員等，並依憲法第五十七條規定向立法院負責，二者職務性質並無不相容或矛盾之處，如基於實際需要，由其兼任行政院院長，在憲政體制上尚無不可。

(二)在我國現行憲政體制下亦有以副總統身分兼任行政院院長之事實（即陳誠先生於民國四十七年七月十五日至五十二年十二月十六日期間，以副總統身分兼任行政院院長，及嚴家淦先生於五十五年五月二十日至六十一年六月一日期間，以副總統身分兼任行政院院長），於憲政運作上並無窒礙難行之處，故在我國憲法及其增修條文與法律未限制情形下，以副總統身分兼任行政院院長自無不可。

三、關於立法院「咨請總統儘速重新提名行政院院長並咨請立法院同意」之決議，是否逾越憲法賦與立法院之權限以及是否對總統具拘束力部分：

(一)按憲法第五十七條規定，行政院向立法院負責，並以行政院有向立法院提出施政方針及施政報告之責，立法委員在開會時有向行政院院長及各部會首長質詢之權、立法院對於行政院之重要政策不贊同時得以決議移請行政院變更之及行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議送達行政院十日內移請立法院覆議等方式向立法院負責，故在憲政設計上，對立法院負責者為行政院，並非總統，立法院監督對象既為行政院，並非總統，立法院自不能逾越其憲政權限監督總統。

(二) 憲法及其增修條文有關立法院之職權及其與總統之關係規定如次：

1. 第六十三條規定立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。
2. 第三十九條規定總統依法宣布戒嚴，但須經立法院之通過或追認。立法院認為必要時，得決議移請總統解嚴。
3. 第五十五條及第一百零四條規定行政院院長及監察院審計長，由總統提名，經立法院同意任命之。
4. 第六十九條規定立法院遇有總統之咨請，得開臨時會。
5. 第七十二條規定立法院法律案通過後，移送總統及行政院，總統應於收到後十日內公布。
6. 憲法增修條文第二條第四項規定總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議決議發布緊急命令，為必要之處置，不受憲法第四十三條之限制。但須於發布命令後十日內提交立法院追認，如立法院不同意時，該緊急命令立即失效。

除上開相關規定外，尚無立法院得以決議要求總統為一定行為之權力或立法院得監督總統之條文可資遵循，且行政院長之提名權屬總統，憲法所賦與立法院者僅為對該被提名人選之同意與否之權已如前述，故立法院前開決議，顯已逾越憲法規定立法院職權之範疇及五權制衡之精神。

(三) 依立法院議事規則第三十七條規定「法律案及預算案，應經三讀會議決之。」「前項以外之議案，應經二讀會議決之。」立法院前開決議案並無法律名稱及條文，且該案係以二讀會方式通過，自非法律案應屬無疑，則上開決議對總統應無法律上之拘束力，至依

憲法第六十三條規定，立法院固有議決國家其他重要事項之權，惟所謂國家重要事項，憲法學者多認為宜限於與立法院之職權有密切關係者，而非總統及其他各院所能單獨決定者，立法院前開決議內容已逾越其憲政權限與制衡原理，對總統自不具拘束力。

聲請人	饒穎奇	高育仁	洪玉欽	洪昭男	黃主文	林志嘉
	鄭逢時	曾永權	陳健民	曹爾忠	陳瓊讚	沈智慧
連署人	蕭萬長	廖福本	丁守中	黃昭順	蔡璧煌	李友吉
	曾振農	朱鳳芝	陳傑儒	林錫山	劉光華	潘維剛
	葛雨琴	陳鴻基	林明義	游淮銀	洪性榮	林政則
	王天競	李必賢	吳克清	郭政權	蕭金蘭	趙永清
	陳志彬	楊吉雄	劉國昭	林源山	施台生	郭廷才
	張光錦	簡金卿	鍾利德	徐中雄	靳曾珍麗	林國龍
	徐成焜	許舒博	陳清寶	高揚昇	莊金生	李鳴皋
	鄭永金	陳宏昌	徐少萍	李顯榮	郭金生	林耀興
	陳朝容	杜振榮	李文郎	張文儀	王令麟	章仁香
	韓國瑜	羅傳進	黃清林	吳惠祖	謝欽宗	林建榮
	黃秀孟	林炳坤	王素筠	洪秀柱	王志雄	全文盛
	翁重鈞	劉盛良				

附錄：司法院釋字第三九三號解釋至第四一九號解釋關係法令暨關鍵詞檢索表

解釋號次 公布日期	相 關 法 令	關 鍵 詞
393 85.1.5	憲法第 16 條 行政訴訟法第 28 條第 7 款 民事訴訟法第 496 條 行政法院 76 年判字第 1451 號判例	訴訟權、訴訟救濟程序、再審、證物係偽造或變造、判決之確定力、法律之安定性、裁判之正確性
394 85.1.5	憲法第 23 條 司法院釋字第 313 號、第 367 號解釋 建築法第 15 條第 2 項、第 85 條、第 86 條、第 87 條、第 88 條、第 89 條、第 90 條、第 91 條、第 92 條、第 93 條、第 94 條、第 95 條 營造業管理規則第 31 條第 1 項第 9 款 內政部(74)台內營字第 357429 號函	違反行政法上義務之行為、裁罰性行政處分、人民權利限制、法律保留原則、授權明確性原則、概括授權、法律整體解釋、法律整體之關聯意義、細節性及技術性事項
395 85.2.2	憲法第 16 條、第 23 條 司法院釋字第 154 號解釋 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 公務員懲戒法第 33 條第 1 項、第 34 條、第 35 條、第 39 條第 2 項 民事訴訟法第 496 條、第 505 條 刑事訴訟法第 424 條、第 425 條、第 436 條、第 437 條第 2 項 行政訴訟法第 28 條、第 30 條 公務員懲戒委員會再審字第 335 號案例、第 351 號案例、第 411 號案例、第 452 號案例、第 478 號案例、第 486 號案例、第 489 號案例、第 497 號案例	懲戒案件之議決、再審議之議決、再審議、公務員憲法上權利、訴訟權限制、法律保留原則、適用法規錯誤、重要證據漏未斟酌、不變期間

附錄：檢索表

<p>396 85.2.2</p>	<p>憲法第 16 條、第 77 條、第 82 條 司法院釋字第 162 號、第 243 號解釋 公務員懲戒法</p>	<p>訴訟權、審級制度、憲法保障之核心領域、懲戒處分、憲法上服公職之權利、懲戒機關應採法院體制、正當法律程序保障、直接審理、言詞辯論、對審、辯護制度、最後陳述之機會</p>
<p>397 85.2.16</p>	<p>憲法第 19 條 司法院釋字第 287 號、第 346 號解釋 營業稅法第 1 條、第 8 條、第 14 條、第 15 條第 1 項、第 19 條 兼營營業人營業稅額計算辦法 財政部(77)台財稅字第 761153919 號函</p>	<p>兼營營業人股利所得、兼營營業人應納稅額、加值型營業稅、累積型轉手稅、比例扣抵法、直接扣抵法、進項稅額、銷項稅額、法律授權之目的特定、法律授權之內容具體、法律授權之範圍明確、租稅法律主義</p>
<p>398 85.3.22</p>	<p>憲法第 7 條、第 10 條 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 農會法第 1 條、第 12 條、第 14 條、第 18 條第 4 款 農民健康保險條例第 5 條、第 6 條</p>	<p>農會會員資格之認定、居住農會組織區域內、實際從事農業、居住遷徙自由、平等權、農民健康保險</p>
<p>399 85.3.22</p>	<p>憲法第 22 條 司法院釋字第 137 號、第 216 號解釋 姓名條例第 6 條第 1 項第 6 款 內政部(65)台內戶字第 682266 號函</p>	<p>姓名權、人格權、申請改名之原因、不確定法律概念、具體事實認定</p>

<p>400 85.4.12</p>	<p>憲法第 15 條 司法院釋字第 255 號解釋 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 土地法第 14 條第 1 項第 5 款、第 2 項、第 208 條、第 209 條 行政法院 45 年判字第 8 號判例 行政法院 61 年判字第 435 號判例 行政院台(67)內字第 6301 號函第 2 項 行政院台(69)內字第 2072 號函 行政院台(84)內字第 38493 號函 內政部(84)台內營字第 8480481 號函</p>	<p>財產權、自由使用、收益及處分權、既成道路、公用地役關係、特別犧牲、徵收補償、平等原則、分期補償債券、使用者收費制度、抵稅、公有土地抵償</p>
<p>401 85.4.26</p>	<p>憲法第 17 條、第 25 條、第 32 條、第 62 條、第 73 條、第 133 條 公職人員選舉罷免法第 69 條 ( 80.8.2 修正公布 )</p>	<p>民意機關、政治責任、言論及表決之免責權、罷免權、參政權、直接民權</p>
<p>402 85.5.10</p>	<p>憲法第 23 條 保險法第 167 條之 1、第 177 條 保險代理人經紀人公證人管理規則第 48 條第 1 項第 11 款</p>	<p>違反行政法上義務之行為、裁罰性行政處分、人民權利限制、法律保留原則、授權明確性原則、概括授權、法律整體解釋、法律整體之關聯意義、細節性及技術性事項、保險業相關從業人員、警告、停止執行業務、撤銷執業證書</p>

附錄：檢索表

<p>403 85.5.24</p>	<p>憲法第 7 條 強制執行法第 4 條第 1 項、第 18 條</p>	<p>民事強制執行、債務人提供擔保、裁定停止強制執行、聲請回復原狀、再審、異議之訴、請求繼續審判、宣告調解無效之訴、撤銷調解之訴、抗告</p>
<p>404 85.5.24</p>	<p>憲法第 15 條、第 23 條 醫師法第 3 條第 1 項第 2 款、第 25 條 醫療法第 41 條 藥事法第 9 條 藥師法第 15 條第 1 項 行政院衛生署(71)衛署醫字第 370167 號函</p>	<p>工作權、中醫師業務範圍</p>
<p>405 85.6.7</p>	<p>憲法第 7 條、第 78 條、第 85 條、第 171 條 憲法增修條文第 4 條 ( 83.8.1 修正公布 ) 司法院釋字第 185 號、第 278 號解釋 教育人員任用條例第 21 條第 2 項 ( 83.7.1 修正公布 )</p>	<p>考試用人原則、學校職員任用資格、遴用、平等原則、大法官解釋之效力、立法權自由形成空間</p>
<p>406 85.6.21</p>	<p>憲法第 15 條、第 172 條 都市計畫法第 15 條第 1 項、第 17 條第 2 項但書 內政部(73)台內營字第 213392 號函</p>	<p>都市計畫、細部計畫、建築執照核發、財產權</p>

<p>407 85.7.5</p>	<p>憲法第 11 條、第 80 條 司法院釋字第 216 號解釋 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 刑法第 235 條 出版法第 7 條、第 32 條第 3 款、第 37 條、第 39 條第 1 項第 3 款、第 40 條第 1 項第 4 款 行政院新聞局(81)強版字第 02275 號函</p>	<p>言論出版自由、猥褻出版品、社會風化、社會一般觀念、善良風俗、青少年身心健康、例示性解釋、猥褻罪</p>
<p>408 85.7.5</p>	<p>憲法第 15 條 司法院院字第 738 號解釋 民法第 832 條 土地法第 82 條 農業發展條例第 3 條第 11 款 時效取得地上權登記審查要點第 3 點第 2 款</p>	<p>地上權、時效取得地上權申請登記、耕地、財產權</p>
<p>409 85.7.5</p>	<p>憲法第 15 條、第 23 條、第 108 條第 1 項第 14 款、第 143 條第 1 項 司法院釋字第 236 號解釋 土地法第 208 條第 9 款、第 219 條、第 222 條、第 223 條、第 224 條、第 225 條、第 226 條、第 227 條、第 228 條、第 229 條、第 230 條、第 231 條、第 232 條、第 233 條、第 234 條、第 235 條 土地法施行法第 49 條 都市計畫法第 48 條</p>	<p>徵收補償、徵收要件及程序、法律保留原則、比例原則、收回權、財產權、適法性審查</p>

附錄：檢索表

<p>410 85.7.19</p>	<p>憲法第 7 條 民法第 1016 條 (74.6.3 修正前)、第 1017 條 (74.6.3 修正前)、第 1017 條 (74.6.3 修正後)、第 1018 條 (74.6.3 修正後)、第 1019 條 (74.6.3 修正後)、第 1020 條 (74.6.3 修正後)、第 1021 條 (74.6.3 修正後)、第 1022 條 (74.6.3 修正後)、第 1023 條 (74.6.3 修正後)、第 1024 條 (74.6.3 修正後)、第 1025 條 (74.6.3 修正後)、第 1026 條 (74.6.3 修正後)、第 1027 條 (74.6.3 修正後)、第 1028 條 (74.6.3 修正後)、第 1029 條 (74.6.3 修正後)、第 1030 條 (74.6.3 修正後) 民法親屬編施行法第 1 條 遺產及贈與稅法第 16 條第 11 款 最高法院 55 年台抗字第 161 號民事判例</p>	<p>男女平等原則、聯合財產制、特有財產、原有財產、聯合財產管理權、遺產總額、被繼承人配偶</p>
<p>411 85.7.19</p>	<p>憲法第 15 條 司法院釋字第 404 號解釋 技師法第 12 條第 2 項 技師分科類別 (行政院台(67)經字第 8492 號令、考試院(67)考台秘一字第 2414 號令會銜發布) 技師分科類別執業範圍說明 (行政院台(67)經字第 8492 號令 考試院(67)考台秘一字第 2414 號令會銜發布) 各科技師執業範圍 (經濟部等七部會署經(80)工字第 015522 號等令訂定)</p>	<p>工作權、公共福祉、專門職業執業範圍、土木工程科技師、結構工程科技師、建築技師</p>

<p>412 85.8.2</p>	<p>憲法第 7 條 後備軍人轉任公職考試比敘條例第 6 條 後備軍人轉任公職考試比敘條例施行細則第 10 條第 1 項、第 2 項 ( 69 年修正發布 )、第 10 條第 5 項 ( 77.1.11 修正發布 ) 陸海空軍軍官士官任官條例第 2 條</p>	<p>工作權、平等原則、法律地位實質平等、後備軍人轉任公職考試比敘</p>
<p>413 85.9.20</p>	<p>憲法第 19 條 司法院釋字第 195 號、第 217 釋、第 367 號、第 385 號解釋 獎勵投資條例第 16 條第 1 項第 1 款、第 17 條 促進產業升級條例第 11 條 所得稅法第 2 條第 2 項、第 7 條、第 15 條 民法第 1002 條 行政法院 63 年判字第 673 號判例 獎勵投資條例施行細則第 25 條</p>	<p>租稅法律主義、股利、就源扣繳、合併申報課稅、特別法優於普通法</p>
<p>414 85.11.8</p>	<p>憲法第 11 條、第 15 條 藥事法第 66 條第 1 項、第 105 條 藥事法施行細則第 47 條第 2 款</p>	<p>言論自由、生存權、工作權、財產權、藥物廣告、商業言論、公共利益、授權命令、比例原則</p>
<p>415 85.11.8</p>	<p>憲法第 19 條 所得稅法第 17 條第 1 項第 1 款第 4 目 民法第 1114 條第 4 款、第 1123 條第 3 項 戶籍法第 4 條 所得稅法施行細則第 21 條之 2 財政部(69)台財稅字第 32631 號函</p>	<p>租稅法律主義、個人綜合所得稅免稅額、扶養親屬免稅額、法定扶養義務、家長家屬、共同生活之客觀事實、同一戶籍</p>

<p>416 85.12.6</p>	<p>憲法第 16 條、第 23 條 司法院釋字第 154 號、第 160 號、第 179 號解釋 民事訴訟法第 467 條、第 468 條、第 469 條、第 470 條、第 471 條第 1 項、第 476 條 最高法院 71 年台上字第 314 號民事判例</p>	<p>訴訟權、法律審、 違背法令、判決不適用法規、判決適用法規不當、第三審上訴理由書提出強制主義</p>
<p>417 85.12.6</p>	<p>憲法第 23 條 中央法規標準法第 5 條 道路交通管理處罰條例第 78 條第 2 款、第 3 款、第 92 條 道路交通安全規則第 134 條第 1 款</p>	<p>法律保留原則、違反行政法上義務之行為、罰鍰、道路交通安全講習、社會秩序、公共利益</p>
<p>418 85.12.20</p>	<p>憲法第 16 條、第 80 條 道路交通管理處罰條例第 87 條</p>	<p>訴訟權、司法受益權、裁罰性行政處分、訴訟救濟、普通訴訟程序、行政訴訟程序、正當法律程序</p>
<p>419 85.12.31</p>	<p>憲法第 4 條、第 35 條、第 36 條、第 37 條、第 38 條、第 39 條、第 40 條、第 41 條、第 42 條、第 43 條、第 44 條、第 49 條、第 50 條、第 51 條、第 53 條、第 55 條、第 57 條、第 62 條、第 63 條、第 75 條、第 103 條、第 104 條、第 105 條、第 111 條、第 174 條第 2 款 憲法增修條文第 2 條（83.8.1 修正公布）、第 6 條（83.8.1 修正公布） 司法院釋字第 1 號、第 15 號、第 17 號、第 20 號、第 30 號、第 74 號、第 75 號、第 207 號、第 261 號、第 325 號、第 328 號、第 342 號、第 387 號解釋 國家安全會議組織法第 3 條、第 4 條</p>	<p>副總統兼任行政院院長、政治性問題、職位兼任之相容性、權力分立原則、職權之分工、職務之制衡、職務之利益衝突、總統缺位或不能視事時、繼任之雙重保險機制、重大而明顯之瑕疵、總辭、憲法義務之辭職、禮貌性辭職、統治行為、立法院逾越職權之決議、憲法上之拘束力</p>